

DENISE FREITAS FABIÃO GUASQUE

**DEMOCRACIA
DIREITOS FUNDAMENTAIS
PARADIGMAS: JUSTIÇA, SEGURANÇA E LIBERDADE**

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO E
CIÊNCIA JURÍDICA PARA FACULDADE
DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE
LISBOA
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO:
CONSTITUCIONAL

ORIENTADOR: PROF. DR. JAIME RUI
DRUMMOND LEITÃO DO VALLE

LISBOA

2019

RESUMO

Na passagem das cidades gregas, do império romano, nas quais predominou o modelo da Democracia Direta desenvolvida em Atenas, do período medieval, este caracterizado pela fragmentação do poder e do direito entre a nobreza e grupos estamentais, marca-se o surgimento do Estado Absoluto, primeira manifestação do Estado Moderno. Do Estado absoluto, as lutas sociais caminharam para o Estado de Direito, também chamado Império da lei. O princípio da legalidade representa uma das primeiras manifestações do limite do atuar do Estado, no qual prevalecem as liberdades negativas. Posteriormente caminha-se para o Estado Democrático de Direito e sucessivamente para o Estado de Direito Democrático Social, que chama a si a tarefa de promover a socialidade e distribuir o bem comum. Evoluiu-se do princípio da legalidade ao princípio da igualdade real e dignidade da pessoa humana. A identificação da importância do respeito à Constituição e a associação do constitucionalismo com as ideias sobre democracia viabilizaram o Estado de Direito Democrático Social. Nessa ordem de ideias o mundo ocidental conseguiu superar o jusnaturalismo, o positivismo jurídico, chegando ao neoconstitucionalismo, no qual os princípios passam a ser tratados como direitos, superando-se o vazio até então existente entre o direito, a moral, a filosofia e outros campos do saber, protagonizado pelo positivismo jurídico. Os princípios da igualdade real e da dignidade da pessoa humana alcançam um grande status no Estado Social e Democrático de Direito, declarando que todos os cidadãos são sujeitos de direitos iguais, devendo ser respeitados em sua dignidade humana. O homem evolui da noção de direitos e liberdades individuais para uma abrangência maior que vem a ser os direitos sociais, econômicos e culturais, chegando na atualidade a expandir para os direitos difusos, que vão além da individualidade do ser humano, atingindo grupamentos e espécies. Os direitos fundamentais adquirem a característica da universalidade. A ordenação dos direitos fundamentais na esfera pública e privada, determinando sua aplicação e respeito tanto na relação entre o cidadão e o Estado, bem como entre os particulares entre si e com relação às pessoas físicas e jurídicas, principalmente as grandes empresas internacionais, é uma conquista diária no mundo moderno. A democracia representativa, na maior parte do mundo ocidental, está em crise. O cidadão já não se vê mais representado pelo parlamento. O Estado Social democrático de direito não aceita o aparelhamento da estrutura do Estado de forma fechada, opaca, atendendo a interesses de grupos e partidos políticos. A desburocratização das esferas pública e privada, tornando-as mais transparentes e eficientes, deve ser o norte do Estado Democrático, que para tal necessita de uma sociedade democrática. A transparência, o interesse público, a estruturação dos serviços públicos com base na meritocracia evitam a cartelização da

estrutura pública, em que o segredo não existe e o sigilo de documentos públicos é a exceção. A educação cidadã bem como a participação popular precisam ser ativadas constantemente, de forma a permitirem que o cidadão ativo em sua cidadania seja ouvido pelo Estado. Buscam-se espaços públicos para se desenvolverem práticas democráticas, tais como a participação da sociedade civil nas políticas públicas, o controle do cidadão no que tange à moralidade dos atos, as Audiências e consultas públicas, os Conselhos Tutelares, os orçamentos participativos, conselhos de políticas públicas, os observatórios sociais, as Ouvidorias, os Conselhos de Usuários para acompanharem e avaliarem a prestação dos serviços públicos,¹ mecanismos existentes nas Constituições contemporâneas, que atuam como meios de junção do cidadão com o poder público. A utilização de tais mecanismos permite a oxigenação da democracia representativa, aproximando o povo do processo de tomada de decisões. O controle social e a participação popular, não só na administração pública como também na vida política, são exigências do mundo contemporâneo, no qual há o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem nas Constituições, em decorrência do processo histórico de constitucionalização do Estado.

Palavras-chave: Constitucionalização do Estado; Democracia Representativa; Estado de Direito Democrático Social e Direitos Fundamentais do Homem; Crise da Democracia Representativa; Cidadania e Participação Popular.

¹ O Conselho de Usuários do Serviço Público está previsto na Lei Federal nº. 13460/2017, permitindo a participação dos usuários no acompanhamento da prestação e na avaliação dos serviços públicos, devendo acompanhar a prestação do serviço, a avaliação dos serviços, propor melhorias na prestação, contribuir na definição de diretrizes para o adequado atendimento ao usuário e acompanhar e avaliar a atuação do Ouvidor (artigo 18 e parágrafo único).

ABSTRACT

In the passage from the Greek cities of the Roman Empire, in which the Direct Democracy model developed in Athens from the medieval period, characterized by the fragmentation of power and law between the nobility and the estamental groups, is marked by the emergence of the Absolute State, which is the first manifestation of the Modern State. From the absolute state, the social struggles moved towards the rule of law, also called the rule of law. The principle of legality represents one of the first manifestations of the limit of State action, in which negative freedoms prevail. Later, it moves to the Democratic State of Law and successively to the State of Social Democratic Law, which calls upon itself the task of promoting sociality and distributing the common good. It evolves from the principle of legality to the principle of real equality and dignity of the human person. The identification of the importance of respect for the Constitution and the association of constitutionalism with ideas about democracy, made possible the State of Right Social Democratic. In this order of ideas, the Western world has been able to overcome jusnaturalism, juridical positivism, reaching neo-constitutionalism, in which the principles are treated as rights, overcoming the void that existed until then between law, morality, philosophy and other fields of knowledge, carried out by legal positivism. The principles of real equality and the dignity of the human person, achieve a high status in the Social and Democratic State of Law, stating that all citizens are equal subjects and must be respected in their human dignity.

Man evolves from the notion of individual rights and freedoms to a broader scope that comes to be the social, economic and cultural rights, reaching nowadays to expand to the diffuse rights, that go beyond the individuality of the human being, attempting to reach groups and species. The fundamental rights acquire the characteristic of universality the ordering of fundamental rights in the public and private spheres, determining their application and respect both in the relationship between the citizen and the State, as well as between individuals among themselves and regarding natural and juridical persons, mainly large international companies, is a daily achievement in the modern world. The representative democracy, in most of the Western world, is in crisis. Citizens are no longer represented by parliament. The democratic Social State of law does not accept the rigidity of the structure of the State in a closed, opaque form, considering the interests of political groups and parties. The de-bureaucratization of the public and private spheres, making them more transparent and efficient, must be the north of the Democratic State, which requires a democratic society. Transparency, public interest, the structuring of public services based on meritocracy, avoids the cartelization of the public structure, where secrecy does not exist, and the secrecy of public documents is the exception. Citizen education, as well as popular participation,

must be constantly activated in order to allow the active citizen in his citizenship to be heard by the State. Public spaces are sought to develop democratic practices, such as the participation of civil society in public policies, citizen control over the morality of acts, public hearings and consultations, Tutelary Councils, participatory budgets, public observatories, Ombudsmen, Users' Councils to monitor and evaluate the provision of public services¹, mechanisms existing in the contemporary Constitutions, which act as a means of joining the citizen with the public power. The use of such mechanisms allows the oxygenation of representative democracy, bringing the people closer to the decision-making process. Social control and popular participation not only in public administration but also in political life are demands of the contemporary world, in which there is the recognition of the fundamental rights of man in the Constitutions, as a result of the historical process of constitutionalisation of the State.

Keywords: Constitutionalisation of the State; Representative Democracy; State of Social Democratic Right and Fundamental Rights of Man; Crisis of Representative Democracy; Citizenship and Popular Participation.

¹ The Public Service Users Council is provided for in Federal Law no. 13460/2017, allowing the participation of users in the monitoring of the provision and evaluation of public services, and should monitor the provision of the service, evaluation of services, propose improvements in the provision of services, contribute to the definition of guidelines for appropriate user service and follow up and evaluate the performance of the Ombudsman (article 18 and sole paragraph).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
PARTE I: DEMOCRACIA	5
CAPÍTULO I: DEMOCRACIA SEGUNDO O PENSAMENTO POLÍTICO	5
CAPÍTULO II: DEMOCRACIA COMO FORMA DE REGIME JURÍDICO	8
CAPÍTULO III: SUFRÁGIO UNIVERSAL.....	17
CAPÍTULO IV: DEMOCRACIA SEMIDIRETA	31
CAPÍTULO V: DEMOCRACIA REPRESENTATIVA.....	35
CAPÍTULO VI: TEORIAS DA DEMOCRACIA	48
CAPÍTULO VII: TEORIAS NORMATIVAS DA DEMOCRACIA.....	53
CAPÍTULO VIII: DEMOCRACIA DIGITAL OU ELETRÔNICA	60
CAPÍTULO IX: UMA PROPOSTA DE DEMOCRACIA GLOBAL.....	62
CAPÍTULO X: DEMOCRACIAS LIMITADAS: ILIBERAIS e AUTORITÁRIAS	67
PARTE II: EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO – ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO – DIREITOS FUNDAMENTAIS	69
CAPÍTULO I: BREVE SÍNTESE DA EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO: DA ANTIGUIDADE CLÁSSICA À IDADE MÉDIA.....	69
CAPÍTULO II: AS DECLARAÇÕES CONSTITUCIONAIS DE DIREITOS DO LIBERALISMO	80
CAPÍTULO III: A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO	93
CAPÍTULO IV: ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO – CONSTITUCIONAL	100
CAPÍTULO V: SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA.....	111
CAPÍTULO VI: TUTELA DA SEGURANÇA E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA	116
CAPÍTULO VII: ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO	127
CAPÍTULO VIII: DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DAS NORMAS PRINCIPIOLÓGICAS	139
CAPÍTULO IX: DIREITOS FUNDAMENTAIS	148
CONCLUSÃO	176

INTRODUÇÃO

É no contexto da sofística, aparecendo o homem como titular de atributos conferidos por Deus, que se deve a Protágoras (492 - 422 a.C.) uma posição adotada de um potencial “radical humanismo” decorrente do poder da razão atribuído ao homem enquanto “ser de razão”; a Grécia cria, neste sentido, a razão humana, e “o homem é a medida de todas as coisas, das que existem e das que estão na natureza, das que não existem e da explicação da sua inexistência”.¹

Para elaborar minha dissertação, busquei estudar a democracia, bem como os tipos de democracia que foram sendo desenvolvidos e a evolução do constitucionalismo a partir da Idade Média de forma a identificá-lo com a democracia, sendo certo que nos dias atuais é muito difícil pensar uma democracia não constitucional e sem reconhecimento dos direitos fundamentais do homem.

A democracia, como governo do povo, de todos os cidadãos, tem seu início na Grécia Antiga, nas cidades gregas, nas discussões nas *ágoras* das *pólis*, tempo em que não existia qualquer corpo intermediário entre o indivíduo e a cidade. Era a democracia direta dos antigos.

Diferentemente da antiga *pólis*, a democracia dos modernos se passa numa sociedade plural, e o pluralismo nos permite apreender uma característica fundamental da democracia dos modernos em comparação com a democracia dos antigos, qual seja, a liberdade do dissenso.

O trajeto da democracia grega, também chamada de democracia dos antigos, até chegarmos à atualidade, passa pela sociedade grega, a romana, a queda do império romano e o surgimento da sociedade medieval, caracterizada pela existência de vários núcleos de poder concomitantes, a evolução para o absolutismo, que é o início do Estado Moderno, até chegarmos ao Estado Social.

¹ Otero, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, 2ª. reimpr. Coimbra: Almedina, 2007, p. 63.

Essa trajetória é exposta em minha dissertação em duas partes. A primeira aborda a democracia desde o Estado ateniense até a atualidade. Nesse primeiro momento, dedico-me ao estudo da Democracia como forma de regime político, as teorias da democracia, os tipos de democracia e a crise da democracia representativa.

Na segunda parte, trato da história da constitucionalização do Direito e do Estado de Direito Democrático, Estado Social, bem como dos princípios estruturantes e dos direitos fundamentais, abordando ainda os paradigmas da Justiça, Segurança e da Liberdade.

O enfoque central foi no estudo da democracia como regime político, a formação e a evolução do Estado, bem como a constitucionalização do Estado e a fundamentalização dos direitos fundamentais, que são de extrema importância na relação entre o Estado e o indivíduo, como também na relação entre os próprios indivíduos e as pessoas jurídicas; ou seja, tanto na relação horizontal como vertical, de forma a permitir num primeiro momento as liberdades e garantias de cunho individual, liberal, e, posteriormente, a busca pelos direitos sociais ligados ao Estado do Bem-Estar Social.

Ao longo da história da humanidade percebe-se que a democracia e os direitos fundamentais estão intrinsecamente ligados, de modo que uma sociedade democrática se pauta pelo respeito aos direitos fundamentais que geram para o Estado, para as entidades públicas e privadas, um *facere e non facere*. Por parte do Estado, existe ainda o dever de suportar as posições jurídicas dos titulares dos direitos fundamentais, relativamente ao bem jurídico protegido.

Os direitos fundamentais positivam valores eleitos por uma comunidade como nucleares, de natureza a balizar a atuação do poder político, do poder público e até mesmo dos particulares, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico. Quanto mais houver respeito aos direitos fundamentais do homem, mais democrático será o Estado de Direito.

É nessa ordem de ideias que este trabalho se desenvolve, buscando mostrar como se originou a democracia em Atenas, bem como em

Roma e nos dias atuais, traçando um paralelo com a constitucionalização do Estado, a aprovação de documentos constitucionais, a evolução dos valores da dignidade humana, a liberdade do cidadão entendida como autonomia da vontade, a igualdade real em uma sociedade plural e o Estado Democrático de Direito.

Desde a Magna Carta até a Revolução Francesa e as demais revoluções liberais do século XIX relatam a história da progressiva implantação da democracia, que é também a história da consolidação dos direitos fundamentais.

Durante todo o período anterior ao constitucionalismo liberal, a forte influência do Direito Romano determina, em primeiro lugar, que nem todo ser humano pelo simples facto de ser Homem era pessoa para o Direito, isto é, possuía personalidade jurídica: tal como em Roma, o homem só era pessoa se, além de existência física completamente autônoma, fosse livre e cidadão romano.²

Do Estado liberal ao Estado social de Direito, os direitos fundamentais sofreram grande desenvolvimento, evoluindo de direitos de liberdade individuais aos direitos sociais.

Os direitos fundamentais são uma criação recente (e frágil) na história da humanidade. O seu nascimento surge no lastro de um lento processo que, ao longo de muitos séculos, associa o desenvolvimento de concepções religiosas e filosóficas, grandes movimentos sociais e políticos e multiplicidade de fórmulas e de instituições jurídicas.³

O processo de reivindicação e implementação dos direitos humanos nunca foi pacífico. Os direitos humanos resultaram de lutas violentas – por vezes revolucionárias – pelo reconhecimento. As experiências históricas de humilhação e degradação, que já haviam sido interpretadas à luz de uma compreensão cristã e igualitária da dignidade humana, constituíam um motivo para a resistência. A luta pela implantação dos direitos

² Otero, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*, obra citada, p. 148.

³ Alexandrino, José Melo. *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. Reimpr. abril de 2015. Estoril: Principia, 2007, pp. 11/12.

humanos vem desde os primórdios da nossa civilização. Apesar da conquista do Estado Social, a luta pela implementação e respeito dos direitos humanos continua até os dias de hoje, na figura de cada navio naufragado com refugiados da pobreza, das guerras, do desassossego na rota do Mediterrâneo e da ilha de Lampedusa, de cada refugiado venezuelano, el salvadoreño, guatemalteco e de outros países assolados em guerras civis, em que haja matança de grupos étnicos e pelas democracias débeis e doentias que evoluíram para um Estado Totalitário.

Os direitos fundamentais são uma criação da civilização ocidental e só num segundo momento se estendem a outros espaços culturais, onde naturalmente tiveram de sofrer o impacto de outras visões do homem, de outros padrões de vida social e de outras formas de desenvolvimento civilizacional.⁴

E dentro dessa moldura procurei entender as dificuldades para a efetivação do Estado de direito democrático social, considerando as críticas existentes à democracia representativa, à implantação dos direitos sociais os quais exigem um investimento por parte do Estado, bem como o respeito aos direitos fundamentais tanto nas relações entre o indivíduo e o Estado, como também entre as pessoas físicas e jurídicas, as grandes empresas e os grupos transnacionais.

⁴ Alexandrino, José Melo, obra citada, p. 12.

PARTE I: DEMOCRACIA

CAPÍTULO I: DEMOCRACIA SEGUNDO O PENSAMENTO POLÍTICO

Na teoria da democracia, confluem três grandes tradições do pensamento político, a saber: a teoria clássica, a medieval e a moderna.

Segundo a **teoria clássica**, divulgada como teoria aristotélica, das três formas de Governo, a Democracia, Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, se distingue da Monarquia, Governo de um só, e da Aristocracia, Governo de poucos.^{1 2}

Das cinco formas de governo descritas por Platão na *República*, apresentam-se aristocracia, timocracia, oligarquia, democracia e tirania, sendo que só a aristocracia é vista como positiva.

Aristóteles distingue três formas puras e três formas corruptas, conforme o detentor do poder governa no interesse geral ou no interesse próprio. O “Governo da maioria” ou da multidão é chamado “politia”, enquanto

¹ Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola e Pasquino, Gianfranco. *Dicionário de Política*, vol. I, 5ª. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000, p. 319.

² Uma das primeiras disputas de que se tem notícia em torno das três formas de governo é narrada por Heródoto (III, 80-830). Otane, Megabizo e Dario discutem sobre a futura forma de Governo da Pérsia. Enquanto Megabizo defende a aristocracia e Dario a monarquia, Otane toma a defesa do Governo popular, que segundo o antigo uso grego chama de Isonomia, ou Igualdade das Leis, ou igualdade diante da lei, com o argumento que ainda hoje os defensores da Democracia têm como fundamental: “Como poderia a monarquia ser coisa perfeita, se lhe é lícito fazer tudo o que deseja sem o dever de prestar contas”? Em contrapartida, os defensores das outras formas de governo condenam o Governo democrático arguindo que “Não há coisa [...] mais estulta e mais insolente que uma multidão incapaz”. Como pode governar bem “aquele que não recebeu instrução nem conheceu nada de bom e de conveniente e que desequilibra os negócios públicos intrometendo-se sem discernimento, semelhante a uma torrente caudalosa”? A Isonomia, ou Igualdade das Leis, ou igualdade diante da lei, é mais difícil na monarquia, em que prevalece a vontade do monarca, desprovido da obrigação de prestar contas ao povo. Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola e Pasquino, Gianfranco. *Dicionário de Política*, vol. I, p. 320.

o nome de Democracia é atribuído à forma corrupta, sendo a mesma definida como o “Governo de vantagem para o pobre” e contraposta ao “Governo de vantagem para o monarca” (tirano) e ao “Governo de vantagem para os ricos” (oligarquia).³

Segundo Aristóteles, na democracia participam do governo os ricos e pobres em condições paritárias. A classe popular é mais numerosa, sendo os cargos públicos distribuídos com base num censo muito baixo, neles admitidos todos os cidadãos sem exceção. Soberana é a massa e não a lei, o que leva à dominação dos demagogos, ou seja, à verdadeira forma corrupta do Governo popular.⁴

A **teoria medieval**, de origem romana, baseia-se na soberania popular, segundo a qual há a contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania, conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo, ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior.

A teoria da soberania popular, construída à época pelos juristas, partia de algumas conhecidas passagens do *Digesto*, tiradas de Ulpiano (*Democracia*, I, 4, 1), em que se diz que o príncipe tem autoridade porque o povo lhe deu. E de Juliano (*Democracia*, I, 3, 32), a propósito do costume como fonte de direito: diz que o povo cria o direito não apenas através do voto, dando vida às leis, mas *rebus ipsis et factis*, dando vida aos costumes. A fonte originária do poder é sempre o povo. Nas comunidades onde o povo transferiu para outros o poder originário de fazer as leis, sempre se conservava o poder de criar o direito através da tradição.⁵

³ *Apud* Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola e Pasquino, Gianfranco. *Dicionário de Política*, vol. I, p. 320.

⁴ Obra citada, p. 320.

⁵ Segundo Marsílio, quem governa age pela “autoridade que lhe foi outorgada para tal fim pelo legislador e segundo a forma que este lhe indicar. Dos dois poderes fundamentais do Estado – o legislativo e o executivo – o primeiro enquanto pertença exclusiva do povo é o poder principal, enquanto que o segundo, que o povo delega a outros sob forma de mandato revogável, é poder derivado, e um dos pontos cardeais das teorias políticas dos escritores dos séculos XVII e XVIII”. Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola e Pasquino, Gianfranco. *Dicionário de Política*, vol. I, p. 322.

Segundo a **teoria moderna**, conhecida como teoria de Maquiavel, nascida com o Estado moderno na forma das grandes monarquias, as formas históricas de Governo são essencialmente duas: a monarquia e a república; e a antiga Democracia nada mais é que uma forma de república (a outra é a aristocracia), na qual se origina o intercâmbio característico do período pré-revolucionário entre ideais democráticos e ideias republicanos, e o Governo genuinamente popular é chamado, em vez de Democracia, de república.⁶

A democracia moderna é definida como regime policrático oposto ao regime monocrático; entende-se por democracia toda forma de Governo que se oponha a toda forma de despotismo.

Em Rousseau, teórico da democracia moderna, o ideal republicano e o democrático coincidem perfeitamente, e no contrato social eles se fundem, resultando na clássica doutrina da soberania popular, da qual emergem a ideia da vontade geral inalienável, indivisível e infalível, o poder de fazer as leis, e o ideal, não menos clássico mas renovado, da república, a doutrina contratualista do Estado fundado sobre o consenso e a participação de todos na produção das leis, e o ideal igualitário, que acompanhou na história a ideia republicana, levantando-se contra a desigualdade dos regimes monárquicos e despóticos.

⁶ Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola e Pasquino, Gianfranco. *Dicionário de Política*, vol. I, p. 319.

CAPÍTULO II: DEMOCRACIA COMO FORMA DE REGIME JURÍDICO

A democracia traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Etimologicamente, “democracia” é oriunda dos termos gregos “*demos*” (povo) e “*kratos*” (governo), significando “governo do povo” ou governo derivado da vontade do povo.¹

Nas cidades antigas, os direitos políticos, aqueles direitos que tornavam um homem cidadão, pertenciam a uma minoria dos habitantes de uma cidade; todos os outros, a maioria, estavam privados não apenas dos direitos políticos, mas também dos direitos civis, enquanto escravos. Nos *comuni* italianos, que foram exaltados como exemplo de democracia cidadina, distinguia-se o *popolo grasso*² do *popolo minuto*.³ De modo lapidar, Maquiavel afirmou: “Os homens que nas repúblicas servem às artes mecânicas não podem saber comandar como príncipes quando prepostos a magistrados, tendo aprendido sempre a servir”.⁴

Por democracia os antigos entendiam a democracia direta, sob a forma de uma assembleia na qual os cidadãos eram chamados a tomar eles mesmos as decisões que lhes diziam respeito. A democracia significava essencialmente o governo do povo e decidido pelo povo. Não se pensava na democracia indireta, representativa, que predomina no mundo moderno.⁵

¹ Moraes, Carlos Blanco de. *O Sistema Político no Contexto da Democracia Representativa*. Coimbra: Almedina, setembro 2017, p. 67.

² *Popolo grasso*, literalmente “povo gordo”, denominação que recebiam os burgueses ricos na comuna da Florença medieval.

³ *Popolo miúdo*, povo miúdo, expressão usada para denominar os artesãos menores na comuna da Florença medieval.

⁴ Bobbio, Norberto, *Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, organizado por Michelangelo Bovero; Tradução Daniela Beccaccia Versiani – Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000, p.420.

⁵ A cultura grega trouxe, de seu período heroico, uma visão e um sentimento aristocráticos da sociedade. Os “melhores” eram tais porque tinham mais “arête”, ou virtude – num sentido que implica maior capacidade – condição essa que se admitia ser geneticamente transmitida, mas também aperfeiçoável e, em parte, adquirível, pela educação. Essa aristocracia de “melhores” se compunha, em termos de empírica estratificação social, de proprietários rurais – eupátridas – que dispunham de condições para adquirir uma boa educação e para dispor de tempo para a prestação, à cidade, de serviços públicos não remunerados, militares ou

Em Atenas, Péricles buscava formar alguns princípios, como o princípio da separação entre a vida pública e privada, participação ativa dos cidadãos na vida política, do deliberar através da livre discussão.⁶

A democracia dos antigos não tinha nenhuma identidade com o pluralismo, ao contrário da democracia dos modernos. A liberdade de dissentir só encontra respaldo numa sociedade pluralista, que permita uma maior distribuição do poder, abrindo as portas para a democratização da sociedade civil, alargando a democracia política.⁷

Durante séculos, os conceitos de democracia e eleição não convergiam em um conceito unitário para os antigos, isso porque a democracia não se resumia ao processo eleitoral. Ao contrário, o processo eleitoral era perfeitamente conciliável com duas formas clássicas de governo, a monarquia e a aristocracia. À época dos antigos, muito se discutiu a respeito da melhor forma de governo, pendendo entre a monarquia hereditária e a monarquia eletiva, na qual o imperador seria eleito.

Enquanto hoje a eleição é a regra e a participação direta a exceção, antigamente a regra era a participação direta e a eleição, a exceção.

civis. As classes populares, diferenciadas entre uma classe média de pequenos proprietários – zeugitas – e um proletariado de trabalhadores braçais – tetes –, foram sendo, gradualmente, admitidas ao serviço militar e às funções cívicas, nos casos, como em Atenas, de evolução para a democracia efetiva. As reformas de Péricles consistiram, essencialmente, na incorporação da totalidade dos cidadãos ao processo decisório da *Eclésia* e dos tribunais, tornando tal participação viável, para o proletariado, através de modesta remuneração dos serviços cívicos. As mulheres, numa cultura patriarcal, que reservava a vida pública exclusivamente aos homens, eram, entretanto, como cidadãs, participantes da discussão política, mas sem direito a voto na Assembleia. Já o escravo, que antes de mais nada é um homem privado de qualquer cidadania, ou apolítico, é considerado externo à comunidade e, portanto, nem formal nem informalmente capacitado a opinar sobre os negócios públicos. Cf. Jaguaribe, Helio (org.). *A Democracia Grega*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, pp. 3 e 4.

⁶ *Apud* Bobbio, Norberto, *Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, organizado por Michelangelo Bovero; Tradução Daniela Beccaccia Versiani – Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000, p. 426.

⁷ “A democracia grega, fundada na noção de cidadania, a liberdade é, ao mesmo tempo, um atributo desta e um requisito para seu exercício. Tem-se a liberdade na *polis*, por se pertencer a ela e se estar consagrado ao seu bem. É uma liberdade ativa, participatória e pública. Diversamente, a liberdade moderna é defensiva, excludente e privatizante. Tem-se liberdade porque se é uma pessoa individual. Não é a sociedade que confere a liberdade. Ela apenas sanciona, ou deve sancionar, uma liberdade humana que presumidamente precede à formação do vínculo associativo. Implícito no conceito moderno de liberdade está a ideia de pacto social.” Jaguaribe, Helio (org.). *A Democracia Grega*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, pp. 4 e 5.

A democracia de hoje é uma democracia representativa, às vezes complementada por formas de participação popular direta, às vezes corrigida pela eleição de alguns magistrados.⁸

O conceito de democracia como governo do povo pertence ao domínio da teoria. O governo de todos não existiu nem mesmo na democracia direta do século de Péricles. O Estado ateniense, por exemplo, era liderado pelos sábios, e as assembleias populares pelos cidadãos, não pela totalidade do povo.⁹

Aristóteles, num registro próximo ao de Heródoto e, sobretudo, ao de Platão nos seus primeiros escritos sobre o tema (in: *Escritos Políticos*), adotou uma classificação tripartida das formas de poder, atento ao número de titulares dos órgãos de governo e à justificação ética da correspondente autoridade.¹⁰

Para os gregos não havia diferença entre o “político” e o “social”. A *pólis* era a sociedade por excelência. A sociedade política ou civil foi durante séculos a sociedade por excelência.

Na memória histórica dos povos europeus, a democracia apresenta-se pela primeira vez através da imagem da *ágora* ateniense, a assembleia ao ar livre onde se reúnem os cidadãos para ouvir os oradores e então expressar sua opinião erguendo a mão. Na passagem da democracia direta para a democracia representativa, desaparece a praça, mas não a exigência de “visibilidade” do poder, que passa a ser satisfeita de outra maneira, com a publicidade das sessões do parlamento, com a formação de uma opinião pública através do exercício da liberdade de imprensa, com a solicitação dirigida aos líderes políticos de que façam suas declarações

⁸ Bobbio, Norberto, *Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, organizado por Michelangelo Bovero; Tradução Daniela Beccaccia Versiani – Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000, p.374.

⁹ Maluf, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 21ª. ed. rev. e atual. pelo Professor Miguel Alfredo Maluf Neto. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 295.

¹⁰ Moraes, Carlos Blanco de. *O Sistema Político no Contexto da Democracia Representativa*. Coimbra: Ed. Almedina, setembro 2017, pp. 59/60.

através dos meios de comunicação de massa.¹¹ Temos assim a definição de democracia como poder em público.

Presente no regime político ateniense no contexto do poder conferido diretamente à assembleia de cidadãos (*Eclésia*), a democracia experimentou posteriormente um longo eclipse durante o Império Romano, a Idade Média e a Idade Moderna, para renascer em alguns cantões suíços e no Reino Unido após o triunfo da revolução liberal no século XVII.¹²

A democracia moderna nasce de uma base individualista, considerando o Estado como um produto artificial de uma vontade comum; segue-se o verdadeiro protagonista do saber político que não é mais o Estado, mas o indivíduo.

O processo histórico da democracia ocorreu com a passagem da democracia das cidades para a democracia dos grandes Estados territoriais, e desde o final da Primeira Guerra Mundial, para as primeiras tentativas da democracia do sistema internacional. A palavra povo sempre significou não a totalidade dos habitantes, mas apenas aquela parte que gozava do direito de decidir ou de eleger quem deveria decidir por ela. Quando, no início da era moderna, se formaram os grandes estados, estes eram representados ou por monarquias ou por repúblicas aristocráticas. A extensão do âmbito territorial teve por efeito a passagem da democracia direta para a democracia representativa. Rousseau denominou a democracia representativa de “aristocracia eletiva”, que não é muito diferente daquilo que hoje chamamos de “elitismo democrático”.¹³

A Democracia como regime político pressupõe que a legitimidade do modelo de organização do Estado e do exercício do poder político radique na vontade livre, plural e soberana do povo manifestada através do critério da maioria, expressa na eleição dos seus representantes e, extraordinariamente, em atos referendários ou plebiscitários.¹⁴

¹¹ Bobbio, Norberto, obra citada, p. 387.

¹² Moraes, Carlos Blanco de, obra citada, p. 67.

¹³ Bobbio, Norberto, obra citada, p. 422.

¹⁴ Moraes, Carlos Blanco de, obra citada, p. 67.

Segundo Carl Schmitt, a democracia, em tese, consistiria “numa dominação do povo sobre si próprio”, centrada no respeito pelos princípios da liberdade e igualdade.¹⁵

Schumpeter renunciou a uma teoria epistémica destinada a desvendar a razão de ser da democracia e discuti-la como valor, conforme fizeram os clássicos (Rousseau e Stuart Mill), optando por descrever o regime democrático como processo e método de exercício de poder, nos termos em que o mesmo existe e funciona.¹⁶

O fundamento ético da democracia é o reconhecimento da autonomia do indivíduo, de todos os indivíduos, sem distinção de raça, sexo, religião etc. Nesse pressuposto está a força moral da democracia, aquilo que faz da democracia a forma mais alta, humanamente alta, de convivência. O reconhecimento da igual dignidade de todos os homens ocorre na Europa apenas com o Cristianismo. Essa ideia foi posteriormente secularizada, no sentido que se tornou, de ideia religiosa que era, um princípio moral racional e universal com as teorias do direito natural da era moderna. Para reconstruir racionalmente o Estado, a “sociedade civil” parte da hipótese de um estado primitivo da humanidade, chamado estado de natureza. Nesse estado de natureza existem apenas indivíduos, com seus direitos fundamentais, a começar pelo direito à vida, ao qual se seguem, pouco a pouco, todos os outros, como o direito à liberdade, à igualdade, à dignidade, à segurança e assim por diante. No início, como vemos, não existe o homem em sociedade, o homem social ou político, como diziam os antigos, mas o indivíduo em sua singularidade, eu diria quase na sua solidão. Esse indivíduo escolhe viver numa convivência regulada, organizada, pacífica, da qual obtém proteção e um mínimo de bem-estar. A sociedade civil não existe na natureza. Na natureza existem apenas indivíduos isolados, independentes um do outro. A sociedade civil é um produto artificial derivado do acordo de indivíduos decididos a viverem juntos e a cooperarem entre si para superar seu próprio isolamento. Isto significa que na origem do Estado moderno, que nasce do contrato social e portanto da livre vontade dos indivíduos, está a ideia não de

¹⁵ Morais, Carlos Blanco de, obra citada, p. 68

¹⁶ Morais, Carlos Blanco de, obra citada, p. 74.

que o indivíduo é o produto da sociedade, mas sim de que a sociedade é o produto do indivíduo. E, portanto, a sociedade deve ser construída de modo que seja benéfica para o indivíduo, e não maléfica. Nessa inversão consiste, na filosofia prática, a revolução copernicana, paralela àquela que Kant afirmara na teoria do conhecimento. Revolução que pode resumir, em ambos os campos, como “a passagem do ponto de vista do objeto para o ponto de vista do sujeito”.¹⁷

Dessa mudança de olhar, que marca o Estado Moderno, a inversão nas relações políticas, têm-se como grande expressão prática as Declarações dos Direitos do final do século XVIII, que acompanham as duas revoluções democráticas, a americana e a francesa.¹⁸ Com isso, o ponto de partida da relação política não é mais o Estado, a *pólis*, mas o indivíduo, sendo o indivíduo racional, capaz de ter um espírito crítico sobre suas ações por meio da lógica, da razão e da consciência.

Nesse sentido, a democracia surge como a melhor forma de governo ou a menos ruim, exatamente porque o indivíduo singular, como pessoa moral e racional, é o melhor juiz do seu próprio interesse.

A democracia, em oposição aos governos autoritários, às ditaduras, aos Estados Totalitários, não é uma meta, é uma via, um método. Democracia e autocracia, escreve Kelsen, “são apenas métodos para a criação de uma ordem social”. A democracia difere da autocracia e de outras formas de governo, considerando as regras que presidem à “escolha dos líderes”, que consiste na eleição periódica, e não na sucessão hereditária ou na cooptação, e aquelas outras regras que estabelecem o modo de tomar as decisões coletivas, das quais a principal é o princípio da maioria. A primeira é voltada para impedir que uma classe política se perpetue sem se submeter ao controle dos indivíduos sobre os quais ela exerce o próprio poder, a segunda deve servir para tomar as decisões coletivas com o máximo de consenso e pacificamente. Pode ocorrer que a decisão tomada pela maioria seja boa ou ruim, devendo ser preservado o método para garantir a mudança

¹⁷ Bobbio, Norberto, obra citada, pp. 422 e 423.

¹⁸ Bobbio, Norberto, obra citada, p.423

sem matanças e revoluções sangrentas.¹⁹ Na democracia como método, todos os cidadãos alcançando a maioria, atendendo ao princípio da igualdade, sem distinção de raça, religião, condição econômica, sexo, gozam de direitos políticos, ou seja, cada cidadão deve gozar do direito de expressar sua vontade política, sua opinião; o voto de todos os cidadãos deve ter igual peso; todos aqueles que gozam dos direitos políticos devem gozar do direito de expressar sua opinião ou de escolher livremente entre os partidos e candidatos; a regra é sempre da maioria numérica, quer dizer, nenhuma decisão da maioria deve limitar os direitos da minoria, particularmente o direito de se tornar por sua vez maioria em igualdade de condições.

Na França, houve a predominância da democracia representativa. Sièyes, constituinte francês, sustentou a ideia do mandato representativo, na lógica segundo a qual, se a soberania reside na Nação (ou no povo), a sua vontade deveria exprimir-se através de órgãos integrados por seus procuradores ou representantes que lograriam exprimir em nome do todo coletivo uma decisão unitária, tendo contudo a consciência de que exercem um direito que pertence originariamente a outros.²⁰ E esse é o modelo que prevalece até hoje nas democracias representativas, sendo certo que o representante eleito tem o compromisso de lutar e perseguir os interesses da nação, e não dos grupos que democraticamente lutaram para eleger determinado representante. Assim, o parlamentar, uma vez eleito pelo voto da maioria, torna-se representante da nação, deixando de ser o representante de determinados eleitores.

Na democracia representativa, o povo legitima através da escolha os seus representantes, para o exercício de um mandato temporário, respeitando o critério da maioria.

Nesse sentido, a democracia representativa significa que o povo, fonte de legitimação do poder político, não exerce ordinariamente esse poder de forma direta (decidindo cotidianamente sobre os negócios públicos), mas sim através de mandatários, ou seja, de representantes por si eleitos. Dessa

¹⁹ Bobbio, Norberto, obra citada, p. 426.

²⁰ Morais, Carlos Blanco de, obra citada, p. 70.

forma, o povo que não se encontra fisicamente votando se faz representado na tomada das decisões políticas.²¹

O princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa, órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes.²²

A representação democrática significa a autorização dada pelo povo a um órgão soberano, institucionalmente legitimado pela Constituição (criado pelo poder constituinte e inscrito na lei fundamental), para agir autonomamente em nome do povo e para o povo. A representação (em geral parlamentar) assenta, assim, na soberania popular. Esta, por sua vez, pressupõe a ideia de povo igual, ou seja, o povo formado por cidadãos iguais, livres e autônomos, e não por um povo distribuído, agrupado e hierarquizado em termos estamentais, corporativos ou orgânicos. É isso que se pretende realçar quando se fala da representação do povo como a realização prática da soberania popular num Estado jurídico-constitucionalmente ordenado.²³

A representação material pressupõe a sensibilização e a capacidade de percepção dos representantes para decidir em congruência com os desejos e necessidades dos representados, afectados e vinculados pelos actos dos representantes.²⁴ Está vinculada ao exercício da governança.

Na Constituição Portuguesa de 1976, em seu preâmbulo, o constituinte originário, em Assembleia Constituinte, afirmou a decisão do povo português de “defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do estado de Direito democrático e de

²¹ Como bem sintetiza o professor Blanco de Moraes, por democracia indireta entende-se um sistema, integrado por um método (representação democrática), um processo (tradução dos resultados eleitorais em mandatos) e um critério de decisão (o critério maioritário), que se destina a assegurar em permanência que as instituições políticas de um Estado expressem uma vontade coletiva e unitária. Moraes, Carlos Blanco de, obra citada, p. 71.

²² Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed., 20ª. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 288.

²³ Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed., 20ª. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 293.

²⁴ Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed., 20ª. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 294.

abrir o caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno”.

No artigo 2º da CRP, reafirmado está que a República Portuguesa é um Estado democrático, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e organização da política democrática.

A Constituição portuguesa, enfatizando a responsabilidade da democracia representativa, em seu artigo 188 e 189, estabelece a vinculação do programa do Governo, no qual constarão as principais orientações políticas e medidas a adotar ou a propor nos diversos domínios da atividade governamental, bem como a solidariedade dos membros do Governo vinculados ao programa e às deliberações tomadas em Conselho de Ministros.

Acredito que essa fórmula, além de ser bastante democrática e transparente, permite ao eleitor/cidadão acompanhar a representação dada quando da eleição.

Acresce que, no artigo 109º. da CRP, o constituinte estabeleceu a participação direta de homens e mulheres na vida política, como condição e instrumento fundamental para a consolidação do sistema democrático, sendo certo que o poder político pertence ao povo e que a soberania una e indivisível reside no povo – artigos 3º. 1 c/c 108º da CRP.

CAPÍTULO III: SUFRÁGIO UNIVERSAL

A democracia repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: a soberania popular, segundo a qual o povo é a única fonte do poder, e que se exprime pela regra de que todo poder emana do povo; a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular; e, nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o da representação.

A democracia representativa pressupõe a existência de um processo eleitoral livre, regular e igual com total respeito ao princípio majoritário.

O sufrágio (do latim *sufragium* = aprovação, apoio) é, como nota Carlos S. Fayt, um direito público subjetivo de natureza política, que tem o cidadão: de eleger, ser eleito e de participar da organização e da atividade do poder estatal. É um direito que decorre diretamente do princípio de que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. Constitui a instituição fundamental da democracia representativa e é pelo seu exercício que o eleitorado, instrumento técnico do povo, outorga legitimidade aos governantes. Por ele também se exerce diretamente o poder em alguns casos: plebiscito e referendo. Nele se consubstancia o consentimento do povo, que legitima o exercício do poder.¹

O sufrágio universal revela, a princípio, um regime democrático, sendo que o sufrágio restrito, por seu turno, indica um regime elitista, autocrático ou oligárquico. Nesse viés, considera-se universal o sufrágio quando se outorga o direito de votar a todos os nacionais de um país, sem restrições derivadas de condições de nascimento, de fortuna e capacidade especial. Por outro lado, o sufrágio restrito qualificado se dá quando só é conferido a indivíduos qualificados por condições econômicas ou de

¹ Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 352.

capacidades especiais, como, por exemplo, o sufrágio censitário² e o sufrágio capacitário.³

O sufrágio só pode ser exercido numa sociedade plural, na qual haja o reconhecimento do que é diferente, no sentido de que se respeite a diversidade individual, política, social, filosófica, cultural e confessional, autodeterminada, na qual estejam garantidos a autonomia privada e os direitos fundamentais dos cidadãos. Defluem daí os princípios da igualdade, da individualidade e pluralidade, assegurados pela autonomia.

As condições, para que o sufrágio universal ocorra, são a liberdade, a vida, o dia a dia numa comunidade em que os eleitores sejam livres, na qual haja condições efetivas de exercício de direitos indispensáveis à formação da opinião individual e coletiva, à organização de candidaturas políticas alternativas e à realização do sufrágio universal sem manifestações de coação. Desse modo, mister se faz que exista respeito às liberdades públicas no seio da sociedade. Em um Estado no qual falte o respeito aos direitos fundamentais e à separação de poderes, não há como ocorrer um sufrágio universal. Na ausência das condições de liberdade, igualdade, pluralidade e autonomia, o que sucederá, nessa hipótese, é uma simulação de eleições livres.

Assim, o controle da mídia por uma força política, a instituição da censura e a perseguição criminal sistemática de artigos de opinião contrários aos governos e de opositores desequilibram a equivalência de opções e coartam o debate público, bem como a possibilidade de os eleitores se informarem livremente sobre as diversas opções eleitorais.⁴

A liberdade de reunião e a de manifestação também não podem ser proibidas nem restritas, sendo inconcebível uma campanha livre e

² Sufrágio censitário: concede-se apenas ao indivíduo que preenche determinada qualificação econômica, como, por exemplo, posse de bens imóveis, de determinada renda ou pagamento de certa importância de imposto direto. Silva, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 354.

³ Sufrágio capacitário: baseia-se em capacitações especiais, notadamente de natureza intelectual. Dá-se, assim, o direito de voto apenas àqueles que possuem certo grau de instrução. Silva, José Afonso da, obra citada, p. 354.

⁴ Moraes, Carlos Blanco de, obra citada, p. 79.

informada sem comícios, ou com sessões de esclarecimento objeto de restrições.

Para que haja eleições regulares, o processo eleitoral deve ser transparente, equitativo e controlado de forma independente, mediante o voto direto e secreto dos cidadãos.

O voto é direto, visto que os eleitores escolhem seus mandatários para exercerem as funções nos órgãos representativos, não havendo *in casu* intermediários.

O sufrágio é um instrumento fundamental de realização do princípio democrático. Através dele, legitima-se democraticamente a conversão da vontade política em posição de poder e domínio, estabelece-se a organização legitimante de distribuição dos poderes, procede-se à criação do “pessoal político” e marca-se o ritmo da vida política de um país. Daí a importância do direito de voto como direito estruturante do próprio princípio democrático e a relevância do procedimento eleitoral justo para a garantia da autenticidade do sufrágio (artigos 113, 1º. ao 7º. da CRP).⁵

A regra segundo a qual o sufrágio deve ser geral, igual, direto, secreto e periódico encontra-se em diversos artigos da CRP: artigos 10º., 1; 49º., 1; 113º., 1 e 115º., 7º.

Para que se desenvolva um processo de sufrágio universal, capaz de viabilizar a democracia fundada na vontade orgânica da maioria do povo, faz-se necessário o respeito aos princípios do Sufrágio, quais sejam, o princípio da Universalidade; da Imediaticidade; da Liberdade; do Voto secreto; da Igualdade, da Periodicidade, da Unicidade.

Vejamos agora cada um desses princípios, de forma a identificar-se a importância do Sufrágio para a Democracia Representativa.

O princípio de universalidade do sufrágio impõe o alargamento do direito de voto a todos os cidadãos: todos os cidadãos podem votar e ser votados, o que corresponde, plagiando a expressão usada pelo Professor

⁵ Canotilho, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed., 20ª. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 301.

Gomes Canotilho, ao “direito de sufrágio ativo”, à “capacidade eleitoral ativa”, ao “direito a sufrágio sucessivo” e à “capacidade eleitoral passiva”.⁶

O sufrágio universal possibilita que os grupos menos ouvidos e as faces não visíveis pela sociedade sejam instados a se manifestarem politicamente. A universalidade representa a pluralidade do sufrágio, não havendo nenhuma estratificação ou restrição quanto ao voto, nem diferença entre raça, gênero, sexo.

Conforme dispõe o artigo 13 da CRP, não pode existir no ordenamento pátrio nenhuma restrição, privilégio e prejuízo em consequência da ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual. A regra estabelecida pelo constituinte é que todos têm a mesma dignidade social e igualdade perante a lei.

Nesse viés, o princípio da universalidade do sufrágio atua, assim, como proibição de discriminação, vedando a exclusão injustificada dos cidadãos na participação eleitoral.

O artigo 15º, 3, 4 e 5 da CRP permite a construção de comunidades inclusivas, de maneira que as comunidades migrantes disponham de direitos políticos, e a construção da cidadania europeia impositiva do alargamento do direito de voto a cidadãos de países da União Europeia. Dentre as comunidades inclusivas, merece menção a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP).⁷

A lei consagra a igualdade formal entre cada alternativa de poder no correspondente processo de submissão a sufrágio. A igualdade exposta não é uma igualdade real já que, para além de diferentes recursos humanos, financeiros e materiais entre candidaturas, os partidos que obtiverem maior

⁶ Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed., 20ª. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 302.

⁷ Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed., 20ª. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p.302.

número de mandatos dispõem de maior financiamento público para as suas campanhas.⁸

Também à luz do princípio da igualdade, que conforma um valor medular da democracia, estabeleceu-se o princípio “um homem, um voto”: cada cidadão é detentor de um voto, não podendo, como sucedia no século XVIII no Reino Unido, os detentores de um estatuto social ou patrimônio qualificado disporem de mais de um voto (voto múltiplo). A equivalência de voto entre os cidadãos é pressuposta pela igualdade jurídica entre os indivíduos, constitucionalmente reconhecida. Tendo estes a mesma dignidade social e sendo estes iguais em direitos perante a lei (nº. 1 do artigo 13º. da CRP), os votos que depositam na urna são rigorosamente iguais, não havendo pesos diferenciados entre os mesmos.⁹

A Constituição Brasileira de 1988, de modo semelhante, vincula todos os poderes ao princípio da igualdade formal, no sentido de que todos são iguais perante a lei – artigo 5º. caput, e ainda, no que tange à soberania popular, fixa no artigo 14º. que o sufrágio universal é exercido pelo voto direto, secreto, com igual valor para todos.

A Nova Zelândia foi o primeiro Estado a reconhecer a capacidade eleitoral ativa ao sexo feminino em 1893. Na Alemanha e no Reino Unido (com restrições), esse direito só foi reconhecido em 1918, e nos Estados Unidos o reconhecimento deu-se em 1920 (desde 1788 era, todavia, reconhecida a capacidade eleitoral passiva às mulheres, ou seja, o direito a serem eleitas). No Brasil, o direito ao sufrágio feminino foi garantido em 1932 e, em Portugal (com restrições, as quais foram levantadas em 1974), em 1934. Em França, o mesmo direito só foi reconhecido em 1944 e, na Argentina, em 1947. Suíça (1971) e Lichtenstein (1984) foram os últimos Estados do universo europeu a reconhecerem, por referendo, a capacidade eleitoral ativa às mulheres.¹⁰

⁸ Morais, Carlos Blanco de, obra citada, p. 89.

⁹ Morais, Carlos Blanco de, obra citada, p. 88.

¹⁰ Morais, Carlos Blanco de, obra citada, p. 88.

O princípio da Imediaticidade está intimamente ligado à vontade do eleitor. O voto é direto ou *imediato*: significa que tem de resultar “imediatamente” da manifestação da vontade do eleitor, sem intervenção de qualquer vontade alheia. A Imediaticidade do sufrágio garante ao cidadão activo a “primeira” e “última palavra”, pois os eleitores dão directamente o seu voto aos cidadãos cuja eleição constitui o escopo último de todo o procedimento eleitoral. No sufrágio *indireto* ou *mediato*, os eleitores limitam-se a eleger um colégio de delegados eleitorais que, por sua vez, escolherão os candidatos para os diversos órgãos do poder político,¹¹ como ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos da América.

O princípio da Liberdade significa garantir ao eleitor o exercício do direito de voto sem qualquer coação física ou psicológica de entidades públicas e privadas, nem de qualquer pessoa física ou jurídica.

Do princípio da liberdade do voto deriva a ilegitimidade da imposição legal do voto obrigatório. A liberdade de voto abrange a liberdade de votar ou não votar e a liberdade no votar. Na falta de preceito constitucional a admitir o voto como um dever fundamental obrigatório, tem de considerar-se a imposição legal do voto obrigatório como viciada de inconstitucionalidade, pois se concebe o voto como dever cívico e não como dever jurídico.¹²

Contrariando o espírito democrático, no Brasil o voto é obrigatório, considerando ser tratado na sistemática constitucional como um dever do cidadão e ao não cumprimento incidindo sanções previstas na lei eleitoral – artigo 14, paragrafo 1º, I da CRFB.

O princípio do sufrágio secreto é uma garantia da própria liberdade de voto. Além de exigir a proibição da sinalização do voto, pressupõe também a impossibilidade de uma reconstrução posterior do sentido da imputabilidade subjetiva do voto. Como direito de voto não é apenas um direito subjetivo, transportando também uma dimensão institucional, o

¹¹ Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª. ed., 20ª. Reimpressão. Coimbra: Almedina, pp. 302 e 303.

¹² Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed., 20ª. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 303.

cidadão eleitor não pode renunciar ao segredo do voto. A liberdade individual de voto e o voto livre no plano institucional condicionam-se reciprocamente.¹³

O sufrágio é secreto, como garantia da liberdade de escolha do eleitor, e para tanto utilizam-se urnas, cabines de votação nos locais onde os eleitores vão votar, impondo-se ainda uma distância no espaço da zona eleitoral, de forma a permitir que o eleitor manifeste livremente a candidatura que melhor lhe aprouver, não sendo permitida no local a presença de qualquer tipo de propaganda eleitoral. Todo o comando constitucional é no sentido de preservar a liberdade do cidadão/eleitor, no momento do voto, impedindo qualquer ato que venha influenciar ou limitar o exercício do voto.

O princípio da igualdade de voto exige que todos os votos tenham uma eficácia jurídica igual, ou seja, o mesmo peso e o mesmo valor.

O princípio do sufrágio universal e igualitário está assegurado no artigo 13º., 1 da CRP, em que estabelecido está que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

Como bem acentua o Professor Canotilho, tal como acontece com o princípio da universalidade, o princípio de igualdade de voto não se limita ao ato eleitoral em si, antes envolve todo o procedimento de sufrágio (por exemplo: igualdade na concorrência eleitoral, igualdade nas candidaturas).¹⁴

O princípio da Periodicidade se traduz no sufrágio periódico – artigo 113º.,1, e na renovação periódica dos cargos políticos – artigo 117º. da CRP.

A periodicidade é importante no estado democrático de direito, pois não só fixa a responsabilidade dos governantes, como também marca a alternância do poder e das próximas eleições.

A democracia envolve, no contexto dos direitos políticos, não só a proibição de cargos vitalícios em órgãos sujeitos à escolha do eleitorado, mas também a garantia dos direitos das oposições de não só poderem

¹³ Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed., 20ª. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 304.

¹⁴ Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed., 20ª. Reimpressão. Coimbra: Almedina, p. 305.

desenvolver regularmente a sua atividade política de contraponto ao poder e fiscalização ao Governo, mas de deterem a oportunidade de um dia elas próprias formarem Governo à luz do princípio da alternância, submetendo o seu programa e os seus candidatos ao voto do eleitorado.¹⁵

O respeito ao princípio da periodicidade, nos termos do artigo 13º.,1 da CRP, impede a vitaliciedade de mandatos, e o constituinte no texto constitucional fixa o tempo de duração da legislatura – artigo 171º., 1, e do mandato – artigo 128º., 1, bem como em caso de dissolução do colegiado, o prazo para a marcação de novo sufrágio, nos termos do artigo 113º. 6.

O princípio da Unicidade veda a possibilidade de o eleitor votar mais de uma vez, não só na mesma zona eleitoral, como também em qualquer outra. Tal princípio consagra o metaprincípio da igualdade, perpetuando a ideia de que os votos têm todos o mesmo peso. Nesse viés, é vedado ao cidadão-eleitor qualquer ato que venha macular e defraudar o princípio “um homem, um voto”, impedindo de se votar várias vezes no mesmo lugar ou em locais diferentes.

Nos termos do artigo 13º. da CRP, todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. O princípio da igualdade encerra também o princípio de “cada homem, um voto”.

No mesmo sentido a Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 14, consagra o princípio da igualdade e da unicidade, segundo o qual a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos.

Além dos princípios constitucionais que regem o sufrágio universal, temos também outros princípios que norteiam todo o atuar da administração pública, de forma a legitimar o processo eleitoral num Estado Democrático de Direito.

A transparência é um elemento essencial para a probidade e denodo do processo eleitoral. Faz-se necessária a clareza das normas do

¹⁵ Morais, Carlos Blanco de, obra citada, p. 86.

processo e procedimento eleitoral, bem como das condutas no plano da execução e controle das eleições.

O Professor Blanco de Moraes acentua que a transparência do processo eleitoral implica a rejeição de disposições obscuras que permitam: atos arbitrários das autoridades na condução do processo eleitoral; a não atualização e a não fiabilidade dos cadernos eleitorais; formas de contagem de votos insuscetíveis de escrutínio; o transporte e guarda dos votos escrutinados através de meios que não garantam segurança e isenção; demoras injustificadas na apuração dos resultados; informação imprecisa ou insuficiente aos eleitores sobre o local, o dia da eleição, modo de votação e formas obscuras e ostensivamente desiguais no financiamento das campanhas.¹⁶

O sufrágio universal também requer um processo equitativo, de forma que as regras que presidem o processo eleitoral sejam justas e permitam que a vontade dos eleitores tenha tradução efetiva na eleição dos mandatários da sua escolha, sem que se verifiquem distorções desigualitárias ostensivas ou desaproveitamento desproporcional dos sufrágios expressos.

Devem-se impedir cláusulas de barreira, também conhecidas como cláusulas de desempenho ou de exclusão, que são normas que impedem ou restringem o funcionamento parlamentar ao partido que não alcançar determinado percentual de votos.¹⁷

Outro aspecto importante para que o sufrágio ocorra de forma regular é que haja um controle independente, no que tange ao poder político

¹⁶ Moraes, Carlos Blanco de, obra citada, p. 83.

¹⁷ Foi aprovado, no Congresso Nacional Brasileiro em 1995, dispositivo legal que determinava que os partidos com menos de 5% dos votos nacionais não teriam direito a representação partidária nem poderiam indicar titulares para as comissões, incluindo Comissões Parlamentares de Inquérito, nem teriam direito à liderança ou cargos na mesa diretora. Além disso, perderiam recursos do fundo partidário e ficariam com tempo restrito de propaganda eleitoral em rede nacional de rádio e TV. Tal regra foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

No Brasil, a PEC 33/2017, aprovada nos termos da Emenda Constitucional n.º 97/17, altera dispositivos constitucionais para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, de forma a estabelecer normas sobre o acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuita no rádio e na televisão, a partir da eleição de 2020.

e, ainda, ao poder dos próprios candidatos. Para atender a necessidade do controle independente, o sistema constitucional eleitoral atribui aos Tribunais o julgamento da regularidade e da validade dos atos do processo eleitoral, nos termos do artigo 113º. 7 da CRP.

O Tribunal Constitucional funciona como Tribunal Eleitoral por excelência: admite as candidaturas à presidência da República e funciona como máxima instância de recurso sobre questões que envolvam a regularidade e a validade dos demais atos eleitorais – conforme o artigo 223º., 2, alínea c da CRP.

No Brasil, o Tribunal competente para fazer o controle e a regularidade dos atos do processo eleitoral é o Tribunal Federal das regiões da federação, havendo sempre intervenção obrigatória do representante do órgão do Ministério Público.

O Tribunal Superior Eleitoral, órgão máximo da Justiça Eleitoral Brasileira, exerce papel fundamental na construção e no exercício da democracia. Existem os tribunais regionais, que são os responsáveis diretos pela administração do processo eleitoral nos estados e nos municípios.

Outra questão importante a registrar é a periodicidade dos mandatos: a CRP fixa, no artigo 128º. 1, a duração do mandato do Presidente da República, que é de cinco anos, e, no artigo 153º. 1, estabelece o início e o termo do mandato dos deputados da Assembleia da República.

A democracia traz ínsita a ideia de total respeito à preferência da maioria, devendo esta impor-se à minoria e governar legitimamente.

O princípio da maioria permeia todo o sistema democrático, não só na conversão de votos em mandatos, como também na definição do placar das decisões na deliberação dos órgãos colegiais.

O princípio da maioria envolve um critério quantitativo indissociável de um valor político. Com efeito, no plano eleitoral, o princípio “um homem, um voto” supõe que os cidadãos são exatamente iguais entre si, independentemente do sexo, do rendimento ou de habilitações literárias, quanto ao seu direito de sufrágio, sendo atribuída, a cada um, uma unidade

de conta traduzida num voto.¹⁸ Nesse sentido, a maior preferência é a regra para escolha no sufrágio universal, mantendo com isso o respeito ao princípio da igualdade entre os eleitores.¹⁹ O critério da maioria simples está consagrado no artigo 116º. e da CRP.

Citando Kant e Reinhold Zippelius, o Professor Paulo Otero, sintetiza a idéia do princípio maioritário, como a pedra estrutural da definição da vontade do poder legislativo e da edificação de uma constituição baseada na liberdade dos membros de uma sociedade, pois a liberdade de cada um mais não traduz do que “ a faculdade de não obedecer a quaisquer leis externas senão enquanto lhes pude dar o meu consentimento”.²⁰

O princípio maioritário, sendo um mero critério de decisão, mostra-se axiologicamente neutro: a maioria serve qualquer senhor ou regime, tanto alicerçando o bem e o justo, como fundamentando o mal e o injusto.²¹

Se um Estado identifica a maioria com a democracia, aceitando como válido tudo aquilo que a maioria quer e expressa em lei, tal como o positivismo legalista reclama ao negar que a validade da lei dependa da justiça do seu conteúdo, admitindo, por isso, que “todo e qualquer conteúdo pode ser Direito”, estaremos então diante de um modelo de Estado de Direito formal “com as portas abertas para um Estado de não direito”: o totalitarismo poderá então reclamar-se democraticamente legitimado e a maioria um instrumento de afirmação de uma “democracia totalitária”.²²

¹⁸ Moraes, Carlos Blanco de, obra citada, p. 90.

¹⁹ Nos Estados Unidos da América, a regra de escolha para Presidente da República é eleição indireta e, por força de um peso excessivo dado à estrutura federal, contém imperfeições sérias que contrariam a lógica do princípio da maioria podendo, embora raramente, conduzir a situações de claro défice democrático: cinco presidentes dos Estados Unidos (os últimos dos quais George W. Bush, no ano 2000, e Donald Trump no ano de 2016) foram eleitos graças ao maior número de representantes obtidos, em que pese o fato de terem recolhido menor número de sufrágios populares do que o adversário. De Moraes, Carlos Blanco, obra citada, p. 91.

²⁰ Apud Otero, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. 2ª. reimpressão da edição de maio. Coimbra: Almedina, 2003, p. 70.

²¹ Otero, Paulo. *Direito Constitucional Português*, vol. II – Organização do Poder Político. Reimpressão da edição de abril. Coimbra: Almedina, 2010, p. 42.

²² Otero, Paulo. *Direito Constitucional Português*, vol. II – Organização do Poder Político. Reimpressão da edição de abril. Coimbra: Almedina, 2010, p.42

A dissociação entre o princípio maioritário e a democracia demonstra o método adotado para que a maioria tenha expressão de voto. No dizer do Professor Paulo Otero, é uma simples realidade procedimental, um critério de decisão baseado numa ficção de um prévio acordo, tendencialmente unânime, sobre a aceitabilidade de que a vontade do maior número de opiniões ou votos num determinado sentido seria obedecida por todos.²³

Neste acordo prévio e tácito, expressão de um entendimento ficcionado ou de um consenso de sobreposição entre todos os membros da sociedade, visando a ultrapassar a necessidade de se encontrar um critério para apurar a decisão envolvendo uma pluralidade de vontades e que por todos deva ser obedecida, que se alicerça o princípio maioritário: se, à luz da ficção pressuposta, não tivesse existido esse prévio acordo tácito ou se o mesmo não fosse unânime ou consensual, nunca o princípio maioritário seria critério de decisão obedecido por todos.²⁴

Em verdade, é no respeito que a maioria tenha pela minoria que reside a força decisória do princípio maioritário,²⁵ isso porque a minoria aceita obedecer hoje a uma solução na esperança de amanhã mudar essa realidade.

Por outro lado, o princípio da maioria também tem que admitir que, no Estado de Direito, é legítima a desobediência à vontade da maioria, considerando o direito de resistência – artigo 21º. da CRP, o direito à objeção de consciência – artigo 41º., 6 da CRP, e a desobediência civil.

O princípio da maioria tem que se submeter ao Estado de Juridicidade e aos princípios constitucionais, eis que por si só não pode tornar legítimo aquilo que por natureza é ilegítimo. Não há como deixar de reconhecer que nenhum cidadão está submetido à lei injusta, apenas por ser

²³ Otero, Paulo. *Direito Constitucional Português*, vol. II – Organização do Poder Político. Reimpressão da edição de abril. Coimbra: Almedina, 2010, p. 42 e 43.

²⁴ Otero, Paulo. *Direito Constitucional Português*, vol. II – Organização do Poder Político. Reimpressão da edição de abril. Coimbra: Almedina, 2010, p. 43.

²⁵ Otero, Paulo. *Direito Constitucional Português*, vol. II – Organização do Poder Político. Reimpressão da edição de abril. Coimbra: Almedina, 2010, p.44.

expressão da maioria, pois a prevalência da vontade política da maioria não se sobrepõe à consciência do justo.²⁶

É importante ressaltar que a democracia tem como suporte ineliminável o princípio maioritário, mas isso não significa qualquer “absolutismo da maioria”, muito menos o domínio da maioria. O direito da maioria é sempre um direito em concorrência com o direito das minorias, com o consequente reconhecimento de estas se poderem tornar majorias.²⁷

O princípio da maioria não exclui, antes respeita, “o pensar de outra maneira”, o “pensamento alternativo”. Em outros termos, o princípio maioritário assenta politicamente num “relativismo pragmático” e não num “fundamentalismo de majorias”. Segundo as palavras de um ex-Presidente do Tribunal Constitucional Alemão: o pressuposto básico da praticabilidade do princípio maioritário é a ausência de pretensões absolutas de verdade.²⁸

A regra da maioria como uma característica essencial não é de toda exclusiva da democracia como forma de governo, figurando como a melhor regra para a formação de uma vontade coletiva em qualquer grupo organizado.

O princípio da maioria, e a ideia de democracia, é uma síntese das ideias de liberdade e igualdade. Entre o princípio de que todos os indivíduos são “de igual valor político” e o princípio da maioria não há uma relação necessária. A relação existe apenas nos Estados democráticos nos quais está em vigor o sufrágio universal masculino e feminino. Há Estados onde o sufrágio universal só atinge o sexo masculino, excluindo o feminino; nessa

²⁶ “Se uma maioria parlamentar decide, como já ocorreu na história, abolir o regime parlamentar e atribuir a um chefe ou a uma oligarquia restrita o poder de tomar decisões vinculatórias para toda a coletividade, o sistema daí derivado ainda é uma democracia apenas pelo fato de ter sido instituído democraticamente?” Bobbio, Norberto. *O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo*. 15ª. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018, p. 109.

²⁷ Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed., 20ª. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 329.

²⁸ Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed., 20ª. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 330.

hipótese não estará presente o princípio de que todos os indivíduos têm igual valor político.²⁹

O que caracteriza um sistema político democrático não é o princípio da maioria, mas sim o sufrágio universal. A regra da maioria revela a sua natureza de expediente técnico, procedimental, ao qual se recorre habitualmente quando se trata de contar votos, nas eleições populares em um grande Estado. O princípio da maioria é necessário à democracia, mas não suficiente.

Acentue-se que nenhum outro princípio de governo fora daquele fundamentado na regra da maioria tem a pretensão de assegurar uma mudança regular e pacífica.

²⁹ Bobbio, Norberto. *Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. Organização de Michelangelo Bacero; tradução de Daniela Beccacia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 433.

CAPÍTULO IV: DEMOCRACIA SEMIDIRETA

Considerando que a democracia direta se torna difícil no mundo atual, devido ao tamanho territorial dos países, tem-se também a democracia semidireta, na qual se encontram o Referendo, a Iniciativa popular, o Veto e o Plebiscito. Tais mecanismos estão presentes nas Constituições modernas de vários países, como, por exemplo, Suíça, Dinamarca, França, Áustria, Alemanha, Itália, Suécia, Brasil. Os instrumentos da democracia semidireta são a tentativa de dar mais materialidade ao sistema indireto, tentando reaproximar o cidadão da decisão política sem intermediários.

A ideia de democracia direta baseada no ideal ateniense e no paradigma de Rousseau, segundo o qual o povo decide politicamente sem intermediários sobre as questões de governação, não logrou espaço no mundo atual. Fatores como a extensão territorial, a elevada expressão populacional ou a inaptidão do cidadão comum para decidir em permanência sobre todas as questões, ou resolver racionalmente questões de natureza complexa ou de elevada especialização técnica, contribuíram para esse desfecho.¹

A democracia semidireta constitui um instituto juridicamente regulado que permite aos cidadãos, por via do sufrágio universal, direto e secreto, manifestar a sua posição ou decidir sobre questões de relevância política que lhes são submetidas, seja por iniciativa ou convocação de grupos de cidadãos, seja por iniciativa e convocação dos governantes.²

Para que exista democracia direta no sentido próprio da palavra, é preciso que entre os indivíduos deliberantes e a deliberação que lhes diz respeito não exista nenhum intermediário.

São vários os aspectos positivos em torno da democracia semidireta, pois o exercício do referendo permite que o povo realmente

¹ Morais, Carlos Blanco de, obra citada, p. 125.

² Morais, Carlos Blanco de, obra citada, p. 126.

exerça o seu direito de deliberar sobre questões nacionais ou regionais de forma direta, afastando qualquer tipo de intermediação dos lobbies corporativos. Com isso, por meio do plebiscito e do referendo, o hiato de comunicação entre governantes e governados diminui e revitaliza o papel individual dos cidadãos na tomada de decisões, aumentando a participação popular e enriquecendo a democracia de forma a que esta não fique reduzida a eleições periódicas. Além disso, este tipo de democracia acentua a importância do voto direto, diminui a falta de legitimidade dos governantes, propiciando ao cidadão eleitor interagir diretamente em políticas de governo, como ocorreu, por exemplo, com o referendo no Reino Unido sobre o Brexit em 2016.

É importante registrar que a democracia semidireta, por meio dos seus institutos, dá voz à vontade popular, de forma clara e transparente, tratando-se de um complemento ao regime representativo.

Em verdade, a luta e a busca constante do cidadão por mais democracia se traduzem no fato de a democracia representativa ser acompanhada por práticas da democracia direta. O referendo e a iniciativa popular de proposta legislativa, o veto e o plebiscito constituem grandes passos para se atingir uma sociedade mais democrática.³

³ **REFERENDO:** É um instituto da democracia direta de concreta aplicabilidade, estando previsto no artigo 115º. da CRP. A iniciativa do referendo cabe à Assembleia da República, ao Governo e aos cidadãos, nos termos do artigo 115º., 1 e 2 da CRP. Não obstante, a decisão de referendo pertence exclusivamente ao Presidente da República – artigo 115º., 1 da CRP.

O referendo é uma consulta feita aos eleitores sobre uma questão ou sobre um texto, através de um procedimento formal regulado na lei (procedimento referendário). É uma forma de manifestação popular, em que o eleitor aprova ou rejeita uma atitude governamental. Em Portugal o referendo pode ser nacional, regional e local.

O referendo nacional incide sobre questões de relevante interesse nacional e que devem ser decididas pela Assembleia da República ou pelo Governo através da aprovação de convenção internacional ou de ato legislativo, nos exatos termos do artigo 115, 3º. da CRP.

Não obstante, a Constituição no artigo 115º., 4º., estabelece as matérias excluídas do âmbito do referendo, quais sejam: as alterações na Constituição; questões e atos de conteúdo orçamental, tributário ou financeiro; as matérias de competência política e legislativa de competência da Assembleia da República (artigo 161º.) e as matérias de competência exclusiva da Assembleia da República para legislar, nos termos do artigo 164º. da CRP.

A iniciativa do referendo pertence à Assembleia da República, ao Governo e aos cidadãos, considerando o teor do artigo 115º., 1 e 2 da CRP.

O referendo tem eficácia vinculativa, quando o número de votantes for superior à metade dos eleitores inscritos no recenseamento (artigo 115, 11 da CRP), tendo o condão de se tornar obrigatório por parte dos órgãos competentes se praticarem atos políticos ou atos políticos normativos juridicamente incorporadores do conteúdo das respostas referendárias. Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed., 20ª. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 299.

O referendo regional incide sobre questões de interesse específico regional, no âmbito das regiões autónomas dos Açores e da Ilha da Madeira – artigo 232º. 2, da CRP.

O referendo local diz respeito a questões de relevante interesse local, as quais devem ser decididas pelos órgãos autárquicos municipais ou de freguesia, estando previsto no artigo 240 da CRP.

O referendo tem o universo eleitoral das eleições para Presidente da República, ou seja, têm direito de participação no referendo os cidadãos portugueses eleitores recenseados no território nacional, bem como os cidadãos portugueses residentes no estrangeiro. A LC 1/97 alargou, assim, o referendo ao voto dos emigrantes, embora apenas nos casos em que a matéria “lhes diga respeito” (artigo 115º., 12). Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed., 20ª. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 300.

A Constituição Brasileira de 1988 em seu artigo 14, incisos I, II e III, também adota o mesmo regime, ao estabelecer que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, e, ainda, por meio de plebiscito, referendo e iniciativa popular.

INICIATIVA POPULAR: “A iniciativa popular é um procedimento democrático que consiste em facultar ao povo a iniciativa de uma proposta tendente à adopção de uma norma constitucional ou legislativa. Através da iniciativa popular, os cidadãos podem: ou pedir à Assembleia legislativa a edição de uma lei sobre determinada matéria; ou apresentar um projecto de lei completamente redigido (iniciativa formulada). Trata-se, pois, de promoção da actividade legislativa. A iniciativa popular pode também se dirigir a uma decisão quanto a determinada questão. A decisão popular é, precisamente, a decisão vinculativa do povo ao projecto ou questão objecto de iniciativa popular”. Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed., 20ª. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 295. É o direito de uma parcela da população apresentar ao Poder Legislativo um projeto de lei que deverá ser examinado e votado pelo Parlamento. No Brasil, por ser uma Federação, os eleitores também podem usar desse instrumento a nível estadual e municipal.

No Brasil, um projeto de lei de Iniciativa Popular conhecido como o das **dez medidas de combate à corrupção**, com mais de 2 milhões de assinaturas, foi objeto de julgamento no Mandado de Segurança nº. 34530 – DF, interposto por Deputado Federal em face da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, sustentando a inobservância do devido processo legislativo constitucional, sendo necessária a manifestação da Suprema Corte, no sentido de que um **anteprojeto de lei de iniciativa popular** não poderia ser autuado como Projeto de lei de iniciativa parlamentar. O Ministro Relator no Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, em seu voto, ressaltou que a forma como a Mesa Diretora autuou o projeto de lei de iniciativa popular desvirtua a essência do projeto e viola os artigos 14, III, e 61, parágrafo 2º., da CRFB. Registra que a iniciativa popular das leis é, ao lado do voto, do plebiscito e do referendo, forma de exercício de soberania do povo no regime democrático brasileiro (artigo 14, III da Constituição), assegurando-se, por esse mecanismo, participação direta dos cidadãos na vida política da República. Ao conceder medida liminar em sede de Mandado de Segurança, registrou o relator que a via contemplada pela Carta Magna para a reverbação da vontade da sociedade exige, para que se resguarde sua efetividade mínima, duas características fundamentais do devido processo legislativo constitucional. Decisão do Ministro Luiz Fux, medida Cautelar em Mandado de Segurança nº. 34.530 – Distrito Federal.

VETO: O veto é o instrumento político que permite aos cidadãos exigir que uma determinada lei seja submetida a voto popular. Se esta votação conduzir à rejeição do acto legislativo, este deverá ser considerado como nunca tendo existido no ordenamento jurídico. A iniciativa dos cidadãos assume-se como actividade de controle legislativo. Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed., 20ª. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 295.

PLEBISCITO: Plebiscito é, na sua expressão mais neutra, a pronúncia popular incidente sobre escolhas ou decisões políticas, como, por exemplo, a confiança num chefe político, a opção por uma ou outra forma de governo. Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed., 20ª. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 296.

O plebiscito contém uma manifestação popular, por meio da qual o eleitor decide ou toma posição a respeito de uma questão específica.

No Brasil, em 21 de abril de 1993, foi realizado um plebiscito previsto no artigo 2º. do ADCT, para que os eleitores escolhessem entre a Monarquia e a República e entre Parlamentarismo e Presidencialismo. Como forma e sistema de governo, optou-se pela República e o Presidencialismo. A realização do plebiscito, decidida em Assembleia Constituinte, fora solução compromissória para o impasse entre parlamentaristas e presidencialistas. Embora não houvesse à época controvérsia relevante sobre a adoção da forma republicana ou monárquica de governo, a proposta aprovada, por razões regimentais, fora construída sobre emenda popular que previa a consulta do eleitor também sobre tal questão. O plebiscito foi aprovado de forma quase consensual, por 495 votos contra 23 e 11 abstenções, e agendado para o dia 7 de setembro de 1993, data posteriormente antecipada para 21 de abril de 1993, pela Emenda Constitucional nº. 2/92. Nesse cenário foi perguntado à população a respeito das seguintes opções: presidencialismo, parlamentarismo republicano e parlamentarismo monárquico. O Tribunal Superior Eleitoral, numa curiosa decisão sobre a forma das cédulas de votação no plebiscito, estabeleceu que o eleitor não seria confrontado com três opções, mas com quatro, pois votaria duas vezes: uma primeira vez, para manifestar-se sobre a forma de governo – república ou monarquia –, e a outra, para decidir o regime de governo – presidencialismo ou parlamentarismo. Surgia com isso a possibilidade teórica da escolha de monarquia presidencialista. O resultado das urnas cancelou o modelo vigente. Souza Neto, Claudio Pereira e Sarmento, obra citada, p. 222 e 223 de 814

CAPÍTULO V: DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Atualmente a grande discussão acerca da democracia representativa é se ela realmente representa a participação do cidadão. “De acordo com Schumpeter, a democracia não é o poder do povo, mas essencialmente um poder aprovado ou escolhido pelo povo”¹.

A ancoragem da ideia de democracia num processo de base eletiva, na linha de Scumpeter, foi tida por muitos, que entenderam ser uma visão reducionista do alcance axiológico do princípio democrático, segundo o qual a democracia, antes de ser um processo de designação das autoridades públicas, seria um valor político que legitimaria a titularidade e o exercício do poder estadual.²

A democracia envolve uma ordem jurídica e política de domínio, em que a titularidade e o exercício do poder político são consentidos, expressa e livremente, pelo povo. Esse consentimento não é reduzível à escolha eleitoral dos governantes – que é a dimensão principal –, mas envolve concomitantemente outros atributos como: o exercício do poder constituinte do Estado fundado na soberania popular; a responsabilidade dos governantes perante os governados; a proteção das minorias; a faculdade de os governados, entre atos eleitorais, poderem fazer chegar, formal e informalmente, ao poder as suas preferências e propostas; e o déficit de legitimação política dos representantes eleitos em poderem decidir, sem discussão pública alargada, sobre certas questões relativas a modos de vida e temas centrais de soberania.³

As preocupações em torno da existência da democracia representativa mantêm-se ao longo dos anos na consciência de cada eleitor e dos estudiosos do tema. Questiona-se em que medida as decisões políticas adotadas pelo legislativo, nos projetos de leis aprovados e posteriormente

¹ *Apud*, Moraes, Carlos Blanco de, obra citada, p. 70.

² Moraes, Carlos Blanco de, obra citada, p. 93.

³ *Ibidem*.

sancionados pelo executivo, demandariam efetivamente o interesse de grupos econômicos e financeiros. Nos casos em que os grandes grupos econômicos triunfassem em seus interesses, transformando-os em ato normativo, o sistema jurídico permitiria discutir a legitimidade de tal norma, maculando a sua força legitimante. Caberia também pensarmos se a representação parlamentar efetivamente integraria a diversidade cultural, regional, étnica e social da sociedade civil.

Outra indagação diz respeito ao modelo democrático representativo como posto na democracia dos modernos. Será que este modelo é insuficiente para exprimir todos os ângulos da vontade popular? Tal questionamento permeia todo o estudo da democracia representativa, uma vez que o cidadão não tem condições de influenciar na tomada de decisões dos seus representantes, nas votações no parlamento, nas quais os seus direitos e preferências específicas estejam sendo discutidos e votados.

Em verdade, a questão referente à legitimidade dos eleitos por via de eleição e do sufrágio universal está presente nas teorias normativas da democracia, nas quais a ênfase do pensamento gira em torno do pensamento político, tanto liberal quanto republicano, e também da forma e do meio como se desenvolve o próprio processo democrático constitucional, expressando uma preocupação constante com o alargamento dos espaços de discussão entre o cidadão e os eleitos para compor o parlamento.

Na democracia representativa, uma elite política e econômica monopoliza as discussões dos grandes temas nacionais, afastando o cidadão-eleitor do espaço público, no qual temas ligados ao funcionamento e à implantação do Estado Social desenhado na Constituição são debatidos e analisados. Essa elite política, muitas vezes, tem, como forma de atuar e defender seus interesses, a corrupção que se espalha entre os partidos, fazendo uma teia de cumplicidade interpartidária.

No mundo contemporâneo assistimos à captura do poder político pelo poder econômico no processo de decisão do Estado, sendo responsáveis por tal processo grandes centros formais e informais de poder econômico e financeiro, que adquirem um valor superior aos dos cidadãos

votantes, “passando a dominar grandes grupos de comunicação social, a estabelecer relações de interpenetração com a classe política na gestão e privatização de atividades do Estado e a financiar campanhas partidárias criando laços de forte dependência dos partidos em relação aos seus interesses fomentando “*trade offs*” irregulares entre o público e o privado”.^{4 5}

Tal situação acarreta um deslocamento da soberania popular do Estado para estruturas econômicas e financeiras transnacionais, supranacionais, organizações internacionais que em decorrência da globalização influenciam as decisões políticas dos Estados, apresentando uma agenda política, econômica e social que corre o risco de tornar irrelevantes os programas dos partidos políticos e as escolhas democráticas feitas pelo eleitor.

Nessa ordem de ideias, o mito da democracia representativa pode dar ao cidadão a ideia de que eles elegem os candidatos, quando seriam estes, afinal, a se fazerem eleger, consoante a apatia derivada da insatisfação da cidadania com seus representantes, gerando atos eleitorais cada vez menos participativos e transformando os partidos em máquinas de publicidade organizada, financiados de modo opaco e destinados a, com base em ideias simplificadas e manifestações de propaganda lúdica, fazer eleger a qualquer custo os seus candidatos.⁶

A fragilidade da representação político-partidária de uma sociedade, considerando não só a influência dos organismos transnacionais,

⁴ Moraes, Carlos Blanco de, obra citada, p. 95.

⁵ Em depoimento prestado ao Juiz Marcelo Bretá, da Vara Federal do Rio de Janeiro, onde se concentra o julgamento da ramificação da Lava Jato nesse Estado, o sr. Benedicto Barbosa da Silva Júnior, ex-presidente da Odebrecht Infraestrutura, afirmou, no dia 15 de agosto de 2018, que fez pagamentos totalizando 9 milhões de reais ao presidente afastado da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro – Alerj, sr. Jorge Picciani. Segundo o depoente, os pagamentos ocorriam porque a Odebrecht queria ser vista como “aliada do PMDB”, partido do qual o presidente afastado da Alerj ainda faz parte e é um dos líderes, para com isso poder influenciar as votações da casa, em busca de resultados positivos para seus interesses. As investigações referentes à Lava Jato no Brasil e em países da América do Sul, que vêm tendo desdobramentos até os dias de hoje, mostram como as grandes empresas influenciam a elaboração e aprovação das leis nacionais e estaduais, buscando só atender a seus interesses e utilizando-se, para tanto, de técnicas de pagamento de propina e caixa dois em campanhas eleitorais. G1.globo.com, Rio de Janeiro, atualizado em 15/08/2018 às 15h19min. Enfatizo que tal investigação possibilitou a prisão do ex-Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

⁶ Moraes, Carlos Blanco de, obra citada, p. 94.

como também os interesses concorrentes e conflitantes existentes no Parlamento, exige a presença de filtros para atingir a representação autônoma de interesses sociais, econômicos e culturais: o parlamento e os partidos políticos já não são a expressão de todos os interesses da sociedade, sendo necessário que concomitantemente com a democracia representativa existam mecanismos de democracia direta e participativa, com a interação da sociedade civil.

Os institutos da democracia direta, o plebiscito, o referendo, associado a práticas já consolidadas da democracia participativa, tais como a participação da sociedade civil nas políticas públicas, o controle cidadão da moralidade dos atos, as Audiências Públicas, os Conselhos Tutelares, alargam a instância de participação do cidadão na vida política do país, fortalecendo com isso a democracia representativa e o perigoso abismo que o princípio da maioria pode causar.

A democracia representativa tem sua base nos direitos e garantias de cunho liberal, acentuando os valores de liberdade, igualdade, a garantia de transparência e respeito integral às regras do processo eleitoral, bem como do exercício dos direitos políticos e da separação de poderes.

Segundo Kelsen, a liberdade seria o valor determinante da democracia, atribuindo à igualdade um papel formal e negativo. Afirma o autor que o Estado é uma ordem de domínio, “mas se temos que ser dominados, queremos sê-lo por nós mesmos, pelo que politicamente livre é aquele que sendo súbdito não está submetido a outra vontade que não a sua”.⁷

Para Giovanni Sartori, tanto a liberdade quanto a igualdade são valores intrínsecos da democracia; o liberalismo político seria uma realidade vertical, que valorizaria a iniciativa e o agir individual, a espontaneidade e as garantias de direitos civis e políticos indispensáveis a essa ação, enquanto a

⁷ Cf. Hans Kelsen. “Teoria General del Estado”, México, 1979, pp. 410 e seguintes, *apud* Moraes, Carlos Blanco de, obra citada, p. 76.

igualdade assumiria uma pulsão horizontal que visa integrar, harmonizar e criar uma coesão social.⁸

A liberdade para os democratas é, em primeiro lugar, um valor ético; é a liberdade para o indivíduo, que se converte em ato através do Estado, ou seja, através da direta participação na coisa pública. Por outras palavras: os constitucionalistas reivindicam para o indivíduo uma ampla esfera de liceidade, impondo consequentemente ao Estado o dever de não impedir o exercício desses direitos; os democratas querem a participação de toda a comunidade na formação da vontade do Estado, de sorte que esta coincida com a própria vontade do povo. Desse modo, obedecendo ao Estado, os cidadãos obedecem apenas a si mesmos: tal é a mística da vontade geral que nos vem da tradição jacobina.⁹

A liberdade positiva de participar na formação da vontade do Estado exige, como condição necessária, a liberdade negativa, isto é, que o Estado não tolha os direitos de liberdade de expressão, da liberdade de imprensa, de associação, de religião etc. A democracia é definida como Governo da maioria. Mas se essa maioria tiver um poder absoluto e ilimitado, ela pode subverter as regras do jogo e destruir assim as próprias bases da democracia. Em um grande Estado, a própria representatividade, ao limitar o princípio democrático, acarreta o perigo de que a vontade da maioria dos deputados não se ajuste sempre à vontade da maioria dos eleitores. Por conseguinte, hoje o Constitucionalismo não é outra coisa senão o modo concreto como se aplica e realiza o sistema democrático representativo.¹⁰

Apesar das diversas ponderações acerca da conexão dos direitos que marcaram o liberalismo e a democracia, há convergência de ideias quanto aos fundamentos axiológicos da democracia como regime político e forma de poder, sendo certo que em “democracia o poder emana do povo”¹¹ e

⁸ *Apud* Morais, Carlos Blanco de, obra citada, p. 76.

⁹ Bobbio, Norberto, Matteucci, Nicola e Pasquino, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5ª. ed. Tradução de Carmem C. Varriale. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 257.

¹⁰ Bobbio, Norberto, Matteucci, Nicola e Pasquino, Gianfranco, obra citada, p. 257.

¹¹ Carl Schmitt. “Teoria de La Constitución”, *apud* Morais, Carlos Blanco de, obra citada, p. 76.

“o processo eleitoral através do sufrágio universal constitui uma garantia mecânica da democracia e sua condição de existência”¹².

O princípio maioritário e, deste modo, a própria democracia conhecem limites, isto sob pena de subversão da democracia no mais cruel totalitarismo, visto que têm de ter o seu espaço de validade subordinado a uma relação de conformidade a valores fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana: “o valor da democracia vive ou morre nos valores que encarna e promove”.^{13 14}

Outro aspecto referente ao enfraquecimento da democracia representativa consiste no número cada vez maior de abstenções de voto, demonstrando o desinteresse, o desencanto e a desilusão do cidadão para com os partidos e políticos, afastando o cidadão da vida política e da sua cidade, estado e país.¹⁵

Segundo o Professor Paulo Otero em seu livro *A Democracia Totalitária*, o progressivo aumento da abstenção afeta a base representativa da própria democracia, correndo o risco de converter o funcionamento do sistema democrático no governo efetivo de uma minoria. Desta forma, com a abstenção transformada no “voto” de protesto da maioria dos eleitores, a democracia só formalmente se dirá representativa. Nesse sentido, a abstenção, enquanto expressão de um comportamento eleitoral de protesto

¹² Sartori “Teoria de la Democracia”, p. 117, *apud* Moraes, Carlos Blanco de, obra citada, pp. 75 e 76.

¹³ OTERO, Paulo, *A Democracia Totalitária...*, pp. 171/174.

¹⁴ Magnificamente, como sempre, Mirkine-Guetzévitch comenta: “As eleições argentinas (nas quais foi escolhido Perón), e também outras, foram absolutamente livres: nenhuma pressão foi exercida sobre os cidadãos argentinos que se dirigiram às urnas, nenhuma violência foi praticada contra eles. A maioria desses eleitores optou pelo fascismo. Mas o extravio da maioria pode constituir moralmente, politicamente, historicamente, uma justificação do regime fascista? Deve uma democracia inclinar-se diante de um voto sincero em favor do totalitarismo? Um voto cujas consequências seriam a derrubada, o arrasamento, a ruína da ordem democrática, a usurpação do poder por um grupo? Uma pergunta dessas teria parecido absurda aos republicanos franceses de 1851-70. Mas a involução política obriga a reconsiderar as verdades básicas da democracia. Um voto irrepreensivelmente regular, sincero, um voto popular em favor do totalitarismo não é válido nem política, nem moral e nem sequer juridicamente: a liberdade é inalienável e voto que tende a suprimi-la é nulo”. *Apud* TORNAGHI, Hélio, *Manual de Processo Penal: Prisão e Liberdade*, vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora, 1963, p. 33 (nota 13).

¹⁵ A Constituição da República de Portugal confere ao povo o poder-dever de participação na vida pública, conforme preceitua o artigo 48, o que não poderia ser de outra forma, visto que estamos diante de um Estado que adota a democracia participativa e a cidadania responsável.

contra um determinado sistema político-representativo, mostra-se passível de revelar duas diferentes configurações: a abstenção poderá traduzir uma postura estrutural e irreversível de automarginalização dos eleitores, verificando-se que nenhum partido ou movimento político capta a sua simpatia e o respectivo voto;¹⁶ A abstenção poderá, em alternativa, ser uma mera situação transitória de um eleitorado que, saturado dos partidos tradicionais do sistema, se mostra aliciável pela mensagem de movimentos políticos extremistas e totalitários, confiando-lhes o seu voto em futuras eleições. Em qualquer das hipóteses, a abstenção é sempre susceptível de revelar o canto do cisne da democracia representativa.¹⁷

Tem-se ainda a influência que as médias de minorias poderosas exercem sobre o parlamento, uma vez que tais minorias possuem um grande peso e fortíssima persuasão nas médias e nas universidades, fomentando ideias que visam a influenciar e liderar tais espaços públicos, bem como a agenda dos representantes políticos sobre questões relativas à vida individual e familiar, à liberdade de expressão e ao tema da soberania. Tal situação acarreta uma fragilidade na representação democrática, afetando a legitimação política dos representantes e gerando, quando as suas decisões contrariem a vontade da maioria dos representados/eleitores, o modo de vida

¹⁶ Em Portugal, em 1926, com o advento do Constitucionalismo antiliberal e antidemocrático, sobrevém o que fora qualificado de sistema de partido político liderante. No plano dos princípios político-ideológicos, o Estado Novo pretende um Estado que prescinde dos partidos no funcionamento do sistema de governo representativo. A representação política da coletividade passa a ser feita atendendo não à qualidade considerada inorgânica da cidadania, mas à inserção dos indivíduos nas diversas sociedades primárias a que se encontram ligados por laços da mais variada natureza – familiar, residencial, profissional ou cultural. A Constituição de 1933 consagra a estruturação corporativa do Estado. Trata-se da procura de um sistema de governo representativo em que a direta comunicação dos governantes com a coletividade, utilizando os meios de comunicação social e as estruturas políticas e administrativas do poder constituído, permita a dispensa do papel intermediador essencial dos partidos políticos. Os cidadãos poderiam agrupar-se em associações voltadas ao estudo e debate de temas políticos, económicos, sociais e culturais, mas não ficariam presos ao espartilho rígido da orgânica partidária. Para efeito da apresentação de candidaturas às eleições dos titulares dos órgãos do poder político e do poder local, constituíram comissões eleitorais, transitórias no tempo, porque apenas motivadas pela preparação do pacto eleitoral. Com os argumentos expostos, a tônica predominante dos ideólogos do regime constitucional de 1933 é sistematicamente a da excelência de um Estado representativo sem partidos políticos organizados. Rebelo de Sousa, Marcelo. *Os Partidos Políticos no Direito Constitucional Português*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito de Lisboa. Braga: Livraria Cruz, 1983, pp. 223 usque 226.

¹⁷ Otero Paulo, *A Democracia Totalitária...*, p. 230.

pessoal e familiar das próximas gerações e a própria existência do Estado.¹⁸

19

Nestes termos, além de uma curiosa integração nos modernos sistemas democráticos de técnicas de propaganda e manipulação de massas pela primeira vez exploradas nos regimes totalitários, o certo é que a representação política, além de viver hoje uma crise, traduz em muitos aspectos uma ficção ou uma fórmula vazia: a democracia representativa revela-se pouco representativa e, correlativamente, a representação nela existente mostra-se pouco democrática.²⁰

Acrescenta-se a existência de cláusulas de barreiras, bem como os atributos constitutivos do processo eleitoral, que experimentam constrições aos direitos políticos que diminuem a liberdade, a igualdade e a competitividade no processo eleitoral, destacando-se a instrumentalização da comunicação social pública e privada para demonizar certos partidos anti-sistema e a manipulação dos círculos eleitorais intentando favorecer certas formações em detrimento de outras.²¹

Os partidos políticos apresentam programas genéricos para alcançarem o maior número de eleitores possíveis, sem o efetivo compromisso no cumprimento das obrigações assumidas, gerando um déficit de compromisso com os eleitores e um descrédito com a vida política nacional.²²

¹⁸ Morais, Carlos Blanco de, obra citada, pg.95.

¹⁹ A questão da representatividade política que Simone Weil problematiza está hoje muito mais na ordem do dia porque as lutas sociais têm também vindo a criticar em actos essa representatividade, com vista à sua superação no terreno da práxis. A exaustão das formas organizativas que os partidos constituem, enquanto representação legitimada de cidadãos reduzidos a eleitores sazonais de profissionais da política, vê-se não apenas no abstencionismo tendencialmente crescente nos períodos eleitorais, como na imparável histeria circense a que os candidatos recorrem na sociedade do espetáculo, elevando a demagogia a níveis aparentemente mais sofisticados. Weil, Simone. *Nota sobre a Supressão dos Partidos Políticos*. Tradução de Manuel de Freitas. Lisboa: Antígona Editores Refractários, 2017, p. 18.

²⁰ “ Otero, Paulo, *A Democracia Totalitária*, p. 229.

²¹ Morais, Carlos Blanco de, obra citada, p. 96.

²² Simone Weil afirma, em seu estudo sobre Supressão dos Partidos Políticos, que a finalidade de um partido político é uma coisa vaga e irreal. Se fosse real, exigiria um grande esforço de atenção, pois uma concepção do bem público não é uma coisa fácil de pensar. A existência do partido é palpável, evidente e não exige nenhum esforço para ser reconhecida. Torna-se assim inevitável que o partido seja para si mesmo a sua própria finalidade. Weil,

Assiste-se a uma luta entre os partidos, de forma a cooptar o maior número possível de eleitores, sem o menor compromisso com a verdade, e esquecendo-se de que a democracia, o poder da maioria não são bens.²³

Associado a isso, existe o autoritarismo dentro dos próprios partidos, que exigem uma unidade de pensamento entre os seus membros, punindo a discordância, algumas vezes, com a expulsão.²⁴

Além disso, há a degradação crescente da imagem pública dos dirigentes, por força de casos crescentes de corrupção e aparelhamento partidário, que conduziram ao declínio da militância, à fuga de altos cargos técnicos, à desconfiança e à falta de identificação dos cidadãos com os partidos, à despolitização das deliberações, à abstenção crescente nos atos eleitorais e ao reforço do partido antissistema.^{25 26}

Simone. *Nota sobre a Supressão dos Partidos Políticos*. Tradução de Manuel de Freitas. Lisboa: Antígona Editores Refractários, 2017, p. 40.

²³ Como bem assinala a filósofa Simone Weil, em artigo publicado na revista *La Table Ronde*, para avaliar os partidos segundo o critério da verdade, da justiça, do bem público, é preciso começar por distinguir os seus caracteres essenciais. Um partido político é uma máquina de fabricar paixão coletiva. É uma organização construída de maneira a exercer uma pressão colectiva no pensamento de cada um dos seres humanos que dele fazem parte. A finalidade principal, e, em última análise, a única finalidade de qualquer partido político é o seu próprio crescimento, e isto sem nenhum limite. Devido a este triplo carácter, todo partido político é totalitário quer na sua gênese, quer nas suas aspirações. Obra citada, p. 36 e 37.

Conforme Marcelo Caetano, em “Discursos de Coimbra”, citado em *Páginas Inoportunas*, Lisboa, pp. 167/184, “Em primeiro lugar, conseguiu-se – e isso logo desde o dia 28 de maio de 1926 – que, desaparecidos os partidos e a sua política formal e convencional, o Estado passasse a ser um instrumento efectivo de realização do interesse nacional não apenas considerado quanto aos superiores objectivos da política interna e externa mas também no desempenho das tarefas mais pequenas, embora não menos essenciais, da administração quotidiana. O Estado existe para realizar as aspirações da Nação inteira e para prover às necessidades da vida colectiva; não é uma ficção ao serviço dos profissionais da política”, *apud* Rebelo de Souza, Marcelo. *Os Partidos Políticos no Direito Constitucional Português*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-políticas na Faculdade de Direito de Lisboa. Braga: Livraria Cruz, 1983, p. 182.

²⁴ Um homem que adere a um partido terá verossimilmente visto na acção e na propaganda desse partido coisas que lhe pareceram justas e boas. Mas nunca estudou a posição do partido relativamente a todos os problemas da vida pública. Ao entrar no partido, aceita posições que ignora. Submete assim o seu pensamento à autoridade do partido. Quando, pouco a pouco, conhecer essas posições, vai admiti-las sem as examinar (p. 60). E, continua a autora, o sistema dos partidos admite as penalizações mais dolorosas para a rebeldia. Os partidos são organismos pública e oficialmente constituídos de maneira a matar nas almas o sentido da verdade e da justiça (fl. 44). A instituição dos partidos parece bem constituir um mal quase sem mistura. São maus nos princípios, e maus nos seus efeitos práticos (fl. 62). E traz a noção de que um partido é uma pequena igreja profana armada com a ameaça de excomunhão (p. 17). Weil, Simone, obra citada.

²⁵ Morais, Carlos Blanco, obra citada – pp. 94-96.

O domínio das internacionais partidárias e a redução das escolhas eleitorais, a “federação” dos partidos nacionais em cartéis supranacionais de “partidos europeus” na UE gerou um processo gerontocrático de construção europeia a partir das cúpulas das grandes famílias políticas e grandes grupos de interesse econômico-financeiro, e que afetam os Estados-Membros, reduzindo o leque de opções políticas e financeiras dos seus governos e levando a que nestes se relativize a importância das escolhas eleitorais, questionando-se a utilidade marginal da democracia representativa.²⁷ A situação caótica hoje presente em nossa democracia representativa assemelha-se à existência de vários estamentos na sociedade medieval, apesar de que na sociedade moderna existe uma centralização do poder decisório do Estado, mas que sofre todas essas influências.

Nesse sentido, a própria integração dos partidos políticos dos diversos Estados em famílias partidárias internacionais, incluindo o estreitamento de ligações entre diferentes partidos dos Estados-membros da União Europeia, permite que vários grupos de interesses de diferentes nacionalidades possam atuar junto das grandes centrais partidárias internacionais, reforçando a sua influência junto às estruturas nacionais dos partidos políticos.²⁸

Segundo Marcel Gauchet (“La Democratie d’une Crise à l’Autre”, Nantes, 2007), após a década de 80, a democracia experimentaria uma

²⁶ No Brasil, o escândalo político envolvendo os principais partidos políticos, o PT – Partido dos Trabalhadores, o MDB – Movimento Democrático Brasileiro e o PSDB – Partido Social Democrata Brasileiro, a prisão do ex-Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva (PT), as várias condenações por formação de quadrilha e desvio de dinheiro público do ex-governador do Estado do Rio de Janeiro (MDB), Sergio Cabral, e a prisão de grande parte do seu secretariado, o elo de corrupção institucionalizada entre o Legislativo, o Executivo e as maiores empreiteiras brasileiras trazem um cenário político difícil e cinzento para o país. Assiste-se a uma polarização de extrema direita na qual corremos o risco de perder grandes conquistas sociais e políticas, surgindo no cenário político um candidato outrora sem a menor expressão política e hoje elevado à categoria de um salvador da pátria, da moralidade, da família, sem apresentar nenhum programa que efetivamente diminua o déficit público, aumente o PIB nacional e faça o país voltar a crescer. Atualmente, no Brasil, o Presidente da República eleito é um militar da reserva do Exército Brasileiro, Jair Messias Bolsonaro, e seu vice General Mourão, também da reserva do Exército Brasileiro, ambos integrantes de pequenos partidos, Bolsonaro integra o PSL – Partido Social Liberal, e o vice Mourão pertence ao PRTB – Partido Renovador Trabalhista Brasileiro.

²⁷ Blanco de Moraes, Carlos, obra citada, p. 98.

²⁸ Otero, Paulo, *Democracia Totalitária*, p. 225.

tentação de “se voltar contra si própria”, pois deixaria de constituir um governo consentido pelo povo para a realização do interesse público geral, para se transformar, no quadro de visão híperliberal, como um mero sistema de salvaguarda de prerrogativas e liberdades individuais crescentemente ilimitadas, deslocando-se a soberania do povo, em sentido sociológico e jurídico, para um indivíduo “transfronteiriço” que se arroga na tutela dos seus interesses a colocar em xeque o poder coletivo”. Para ele, uma democracia sem povo se arriscaria a ficar, igualmente, sem sujeito.²⁹

Acentua-se a substituição do “povo” pelo “indivíduo” e pela “sociedade civil” em uma cultura pós-moderna que domina o espaço público pelo arquétipo fosco do indivíduo “cidadão do mundo”, hipertrofiado em liberdades subjetivas cuja garantia passaria a ser o fundamento da própria Democracia, seja pela ideia de sociedade civil, como um somatório de “comunidades” e grupos de interesses.³⁰ Nesse sentido, Marcel Gauchet (“La Religion Dans la Democratie. Parcours de la Laïcité”, Paris, 1998, pg. 113) entende que o “Estado Representativo do povo” tenderia a transformar-se num espaço de representação da sociedade civil, tida como somatório de interesses e grupos de pressão organizados, e sem dispor de um poder hierárquico efetivo em face desta. A democracia, que implicaria ontologicamente a prevalência da maioria sobre as minorias, sofreria uma inversão e passaria a operar como a supremacia das minorias sobre as majorias.³¹

A internacionalização partidária também é uma nova expressão da metamorfose do “Estado de Partidos”, tal como a abertura internacional das economias favorecendo o controle anônimo dos novos meios de comunicação social a serviço da opinião pública, podendo servir de instrumentos privilegiados de um específico tipo de senhorio de grandes grupos de interesses à escala europeia ou mundial.³²

²⁹ Cf. Marcel Gauchet, *La Democratie d'une Crise à l'Autre*, apud Blanco de Moraes, Carlos, obra citada, p. 99.

³⁰ Blanco de Moraes, Carlos, obra citada, pp. 98 e 99.

³¹ Cf. Marcel Guachet, *La Religion dans la Démocratie. Parcours de la Laïcité*. Paris: Gallimard, 1998, p. 113, apud Moraes, Carlos Blanco, obra citada, p. 99.

³² Otero Paulo, *Democracia Totalitária*, p. 225.

Quando o artigo 8º. da Constituição Portuguesa afirma que “as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português”, acrescentando o número 4, que “as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”, não afasta de maneira alguma a submissão dessas normas à Constituição Portuguesa e ao direito supralegal expresso nas Declarações de Direitos Fundamentais do Homem e do Cidadão. Nesse viés, afirma-se que o legislador eleito pelo cidadão tem o dever de legislar em consonância com os princípios constitutivos de toda ordem jurídica nacional, bem como ter como norte, no exercício do seu mandato, a aspiração à justiça, devendo evitar regulações arbitrárias ou que afrontem os direitos fundamentais como expressão de evolução da liberdade individual na República portuguesa.

A democracia pensada para os Estados democráticos tinha como modelo o indivíduo soberano que, em consonância com outros indivíduos igualmente soberanos, cria a sociedade política na qual o povo soberano composto por tantos indivíduos (uma cabeça, um voto) e os seus representantes não teriam corpos intermediários. Não obstante, a democracia dos modernos se desenvolveu de forma diferente do pensado, e o indivíduo politicamente relevante (indivíduo soberano) transformou-se em grandes grupos, organizações, associações, sindicatos e partidos das mais diversas ideologias, afastando-se da ideia inicial na qual reinava o indivíduo.³³

O princípio que norteou o pensamento democrático desde o início foi a liberdade como sinónimo de autonomia, como capacidade de dar leis a si mesmo. Esse princípio inspirador, tão falado por Rousseau e pensado de forma a eliminar a distinção entre governados e governantes, perdeu-se com a democracia representativa, que constitui em si mesma uma renúncia ao princípio da liberdade como autonomia, já que a expressão “democracia

³³ Para Simone Weil, o funcionamento dos partidos não resulta de uma perversão que os teria corrompido. O adstrito mal que ela tem em vista e neles identificou é o da dimensão desproporcionada, e incontrolável por cada pessoa, destas organizações de massas que obrigam a um impossível pensar colectivo onde a individualidade não tem lugar, e onde, por isso, a responsabilidade do aderente é fictícia. Obra citada, p. 10 e 11.

representativa” significa genericamente que as deliberações coletivas, isto é, deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para este fim.

Por representante numa democracia representativa, entende-se uma pessoa que tem duas características bem estabelecidas: na medida em que goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante os próprios eleitores, e seu mandato não é revogável, podendo, sim, não ser reeleito em eleições futuras. Além disso, não é responsável diretamente perante seus eleitores, considerando ser convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria

CAPÍTULO VI: TEORIAS DA DEMOCRACIA

A chamada teoria pluralista da democracia, oriunda dos Estados Unidos, pretende ser uma autocompreensão das democracias ocidentais. Seu teorema fundamental é o seguinte: o processo de formação da vontade democrática não assenta nem no povo indiferenciado dos sistemas plebiscitários, nem no indivíduo abstrato da teoria liberal, mas sim em grupos definidos através da frequência de interações sociais. As decisões estaduais constituiriam, assim, os *inputs* veiculadores das ideias, interesses e exigências dos grupos.¹

A teoria normativa, tem o pluralismo como ideia dirigente. A teoria pluralista pressupõe um sistema político aberto, com ordens de interesses e valores diferenciados e que, tendencialmente, permitiria a todos os grupos a chance de influência efectiva nas decisões políticas. Desta forma, realiza-se a aspiração da distribuição de poderes por vários subsistemas concorrentes, substituindo-se a concorrência liberal de ideias pelo interesse concorrente dos grupos. Ao mesmo tempo, conseguir-se-ia obter uma dimensão igualitária, na medida em que, estando no sistema pluralístico todos os interessados tendencialmente organizados da mesma maneira, todos eles teriam uma quota de influência e mobilização.²

Tal teoria recebeu diversas críticas, principalmente no que diz respeito à questão de os diferentes grupos disporem de igualdade de oportunidade em se tratando de influência política. Essa teoria caberia melhor numa sociedade homogênea e harmônica, na qual todos os interesses têm o mesmo peso e são igualmente ponderados. Além disso, a pluralidade de grupos e da igual e recíproca influência contrasta com a realidade de que apenas uma camada política restrita consegue ter acesso aos processos decisórios.

¹ Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed., 20ª. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 1409.

² *Ibidem*.

O pluralismo no qual está baseado o Estado de direito democrático da República Portuguesa, conforme estabelecido no artigo 2º. da CRP, não se identifica com a concorrência e a estratégia de legitimação concebida pela teoria pluralista da democracia, não havendo identidade de significado entre o pluralismo, como elemento constitutivo da ordem constitucional, e a teoria pluralista da democracia (artigo 20º. e artigo 288º., i da CRP).

A teoria elitista da democracia parte da ideia de que a democracia é uma forma de domínio.

Partindo do conceito de democracia desenvolvido por Joseph Schumpeter³ – a democracia como método (e apenas método) de obter o apoio do povo pela concorrência -, a teoria elitista aceita que a democracia é uma forma de domínio, distingue-se das outras formas de domínio pelo facto de nela se verificar uma concorrência para o exercício do poder: os governados, de tempos a tempos, através do voto, decidiriam qual a elite concorrente que deveria exercer o poder.⁴

Essa teoria tem como elemento caracterizador, primeiramente, a participação ativa das elites na formulação dos programas de governo, sendo que o resto da população apenas escolhe um programa, de cujas discussões não participou, muito menos de sua elaboração.

Para a teoria elitista, a limitação das escolhas políticas às elites é uma condição de sobrevivência do sistema democrático, ameaçado pelo excesso de perfeccionismo, pela demagogia democrática e pelo princípio da maioria, pois só as elites, em virtude de intensivo processo de “socialização” (cultura política), garantem o processo liberal e democrático.

Observa-se, pois, a falta de credibilidade da participação popular na vida política: não se acredita que o povo tenha o direito e a capacidade de se autogovernar, de realizar suas escolhas políticas, de forma a exercer soberanamente o direito de determinar o próprio estatuto político. De acordo com o pensamento da Teoria Elitista da Democracia, “a democracia não é o

³ Cf. J. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, London, 1943/1992, pp. 250 ss. *Apud* Canotilho, J. J. Gomes, obra citada, p. 1411.

⁴ Canotilho, J. J. Gomes, obra citada, p. 1411.

poder do povo, mas o poder das elites para o povo, que se limita a escolher as elites”.⁵

Nessa conjuntura não encontramos assento de tais ideias na Constituição Portuguesa, que, ao contrário, privilegia a participação popular na resolução dos problemas nacionais, de acordo com o artigo 9º, c. A Carta Constitucional conclama todos os cidadãos a tomarem parte na vida política e na direção dos assuntos políticos do país, tanto diretamente, conforme previsto no artigo 115º, que institui e regulamenta o referendo, como também pelo modelo representativo – artigo 48º. 1. No que tange à Administração Pública, também está prevista a participação popular, por intermédio de associações públicas, organizações de moradores (artigo 263º. I) e outras formas de representação democrática – artigo 267º. 1 da CRP.

A teoria elitista busca criar um modelo teórico ou explicativo de proteção das elites perante as massas, enquanto que, para o sistema constitucional português, o *telos* da democracia é a autodeterminação do homem através da participação política dos cidadãos e não apenas das elites, e o princípio democrático é entendido como um processo de democratização para cuja realização a lei constitucional atribui importante papel ao princípio participativo, reconhecendo e garantindo ainda um amplo catálogo de direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (artigos 53º. e ss.), e assegura a participação dos trabalhadores na gestão das unidades de produção do setor público (art. 89) e coloca a “participação das organizações representativas dos trabalhadores e das organizações representativas das atividades económicas na definição das principais medidas económicas e sociais” (artigo 80º. g).⁶

A terceira teoria da democracia, chamada de ordoliberalismo, define a democracia como método, que se assenta na ordem económica e socioliberal, na economia de livre mercado, e não na soberania do povo.

Enquanto a temática do estado de direito democrático se baseia na Constituição, nos princípios gerais, nas leis, na afirmação da pessoa

⁵ Canotilho, J. J. Gomes, obra citada, p. 1412.

⁶ Canotilho, J. J., obra citada, pp. 1412 e 1413.

humana, nos direitos fundamentais e direitos e deveres do cidadão, a democracia do ordoliberalismo pressupõe a discussão não só dos dois sistemas econômicos: capitalismo e socialismo, como também de políticas econômicas (social-democracia, liberalismo econômico), ultrapassando a temática do princípio democrático. Para tal teoria, a liberdade econômica assente na propriedade privada dos meios de produção se converte aqui em “dogma”, em *ratio essendi* da democracia e da liberdade.⁷ Na Alemanha adotou-se o ordoliberalismo.

Propriedade, contrato, concorrência, instituições monetárias – essas instituições fundamentais formam, no ordoliberalismo, a constituição econômica autônoma. Quando a economia desencadeia dinâmicas autodestrutivas, especialmente limitações à concorrência por cartéis e monopólios, o Estado deve impedi-las. Tais intervenções não devem ocorrer na forma de atos discricionários de poder político, mas sim, exclusivamente, com base em leis gerais.⁸

A Constituição Portuguesa, em seu artigo 82º., garante a coexistência de três setores de propriedade dos meios de produção, sendo eles o setor público, o privado e o cooperativo e social. Neste último, consagram-se setores não capitalistas, cujos meios de produção são possuídos e geridos por cooperativas, ou por comunidades locais ou por pessoas coletivas, sem caráter lucrativo, que tenham como principal objetivo a solidariedade social, bem como aquelas nas quais os meios de produção são objeto de exploração coletiva por trabalhadores.

⁷ Canotilho, J. J. Gomes, obra citada, p. 1413.

⁸ Teubner, Gunther. *Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo Social na Globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 74.

CAPÍTULO VII: TEORIAS NORMATIVAS DA DEMOCRACIA

As teorias normativas da democracia estão associadas às discussões em torno do estado de direito, da Constituição e do constitucionalismo e se articulam com as concepções da política e do processo democrático no estado de direito constitucional, sob as perspectivas liberal, comunitária e deliberativa.¹ São elas a teoria Liberal, Republicana, Deliberativa, Discursiva, Corporativista, Consociativa.

A teoria liberal assenta-se em dois pilares, quais sejam: o primeiro é que a política é o meio para a prossecução de fins radicados numa esfera de liberdade social preexistente à própria política; o segundo é que o processo democrático coloca o estado a serviço da sociedade, reduzindo-se este estado a um aparelho administrativo e estruturando-se a sociedade como um sistema econômico baseado no comércio entre pessoas privadas; o terceiro é que a política deve orientar-se no sentido de prosseguir os interesses privados perante um aparelho administrativo que se transformou em poder especializado de prossecução de fins coletivos.²

Para a teoria liberal, deve haver uma correlação entre os anseios da sociedade e as deliberações políticas, de forma a existir um sistema pré-político, devendo o direito constitucional comportar-se como um modelo de agregação de tais preferências, delineando-se uma neutralidade constitucional quanto ao complexo de medidas regulatórias, inclusive com relação às ações afirmativas do estado, às prestações estatais, ao cuidado assistencial, às liberdades positivas e negativas, à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

O compromisso dos liberais é promover a elevação dos padrões de renda da minoria, que não consegue fazê-lo através do mercado, de forma a estabelecer a igualdade de oportunidade, progresso, riqueza e dignidade.

¹ Canotilho, J. J. Gomes, obra citada, p. 1414.

² Canotilho, J. J. Gomes, obra citada, p. 1414 e 1415.

Segundo a teoria republicana, a política é uma dimensão constitutiva da formação da vontade democrática e por isso assume a forma de um compromisso ético-político referente a uma identidade colectiva no seio da comunidade, não existindo espaço social fora do espaço político, traduzindo-se a política numa forma de reflexão do bem comum. Nesse sentido, a democracia é a auto-organização política da comunidade no seu conjunto.³

A concepção republicana difere da concepção liberal, visto que na visão republicana o estatuto de cidadão não se define através de um modelo de liberdade negativa que os cidadãos podem reivindicar enquanto praticado, mas antes através do estatuto de direitos civis, os direitos de participação e de comunicação política, concebidos como liberdades positivas.⁴

A ideia de democracia deliberativa está ligada à escola do “republicanismo liberal”, que parte do ideal republicano do *self government*, isto é, as pessoas governam-se a si próprias através da acção política e das leis que elas próprias dão a elas mesmas.⁵

As premissas teóricas da democracia deliberativa são: (1) política deliberativa assente na ideia de “virtude cívica”; (2) igualdade dos participantes no processo político; (3) possibilidade de consentimento universal nas disputas normativas através da razão prática; (4) direitos de participação dos cidadãos na vida pública e controle dos representantes.⁶

A democracia deliberativa está intimamente ligada à concepção da decisão pública apoiada num processo dialógico envolvendo mecanismos formais e informais destinados a viabilizar a comunicação e a discussão inclusiva, alargada e participada no espaço público sobre matérias submetidas a decisão por parte das autoridades representativas. O objetivo seria potenciar não só um diálogo real entre os poderes públicos envolvidos

³ *Ibidem*, p.1415

⁴ *Ibidem*, p.1415 e 1416

⁵ Canotilho, J. J. Gomes, obra citada, p. 1416.

⁶ *Ibidem*, p.1416.

num processo de decisão, mas a catálise de uma cidadania crítica, responsável e vigilante, que possa informar, discutir e “deliberar” no espaço público sobre questões relevantes, de modo que a decisão final do poder possa ser instruída e condicionada pelo produto do debate. Tal via constituiria um predicado de racionalidade, inclusão e qualidade das deliberações tomadas pelo poder. A ideia de “deliberação” coenvolve um alargamento de intervenientes no itinerário da decisão, para além do decisor legal ou constitucionalmente competente.⁷

Funcionalmente, a democracia deliberativa implicaria a transmissão e circulação de razões argumentativas de fácil acesso num processo dinâmico, suscetíveis de conduzir a uma decisão vinculativa por um ciclo temporal limitado, findo o qual se admite que outra ordem de razões prevalecente possa vingar sobre a anterior e alterar a lei.⁸

A teoria da democracia deliberativa sofre grande influência das ideias de Habermas e teria duplo aspecto: institucional e extrainstitucional. A via institucional seria aquela que se daria na comunicação dialógica entre órgãos de poder e por meio da qual seria possível e desejável integrar canais formais de intervenção cidadã, como, por exemplo, as audiências públicas; e a via extrainstitucional seria aquela integrada pelo debate dinâmico e livre no espaço público.

A democracia deliberativa permite não só a abertura de canais jurídicos de comunicação entre o legislador e a sociedade civil, como também processos dialógicos de interação comunicativa envolvendo os poderes do Estado.

A democracia deliberativa busca “democratizar” não só a democracia representativa, mas a própria “democracia participativa”, criando-se um espaço público alargado, igualitário e inclusivo de informação e discussão das decisões dos governantes. Um espaço que fomenta uma cultura difusa de intervenção cidadã, consciente e informada, que permita incorporar as preferências e críticas dos cidadãos individualmente

⁷ Morais, Carlos Blanco de, obra citada, p. 120.

⁸ *Ibidem*, p.120.

considerados, em especial de minorias mais vulneráveis, no processo de ponderação das decisões pelos governantes.⁹

A democracia deliberativa se desdobra em outras espécies de democracia, quais sejam: a democracia discursiva e a consociativa. Na linha do tempo, situam-se no contexto da demolição do Estado Social no continente europeu e do surgimento dos movimentos sociais dos anos de 1930 a 1960, nos quais o homem não se identifica mais com nenhum dos dois grandes sistemas teóricos do século XX, o marxismo e o funcionalismo.¹⁰

A democracia discursiva assenta-se em regras de discussão e negociação, cujo fim é proporcionar uma solução nacional e universal a questões problemáticas, morais e éticas da sociedade. Tal democracia equivale a um processo de auto-organização política da sociedade.¹¹

A democracia discursiva não se assenta em direitos universais do homem, nem na moral social de uma comunidade determinada. A teoria tão propagada por Habermas está estruturada em torno da ideia de emancipação humana. Liberdade, autonomia e maioria são conceitos fundamentais.

Equivalendo a democracia a um processo de auto-organização política da sociedade, as propostas mais relevantes desta teoria são: (1) contra o privatismo burguês de um povo despolitizado e contra a redução legitimatória operada por partidos estatizados, é necessário regenerar a publicidade crítica através de formas deliberativas descentralizadas; (2) contra a compreensão da política centrada no estado, procura-se dar vida a uma rede de comunicação e participação estruturante de uma sociedade democrática; (3) diferentemente da concepção ético-comunitária republicana,

⁹ Morais, Carlos Blanco de, obra citada, p. 142.

¹⁰ A importância da abordagem funcionalista não está apenas em sua metodologia, mas também no reatamento de problemas entre a Sociedade e o Estado e na análise das relações entre sociedade e organização política enquanto funções de um sistema dinâmico. O que a abordagem denomina de *input* (entradas, insumos ou indultos), *output* (saídas, consumos e produtos) e *feedback* (repercussão ou retroalimentação) de um sistema político não é senão o conjunto de demandas ou reivindicações da sociedade (*inputs*), das decisões políticas (*outputs*) e dos resultados e repercussões dessas decisões (*feedback*). Belo, Manoel Alexandre C. O Funcionalismo e a sua Relevância para a Abordagem Sistêmica dos Grupos de Pressão, *Revista de Direito e Desenvolvimento* – ano 1, n. 2, jul./dez. 2010, p. 75.

¹¹ Canotilho, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1416.

a democracia discursiva parte das condições actuais de pluralismo cultural e social incompatíveis com uma identidade ético-comunitária.¹²

A versão da democracia deliberativa afirmada pela ética do discurso de Habermas tem a pretensão de manter as aspirações normativas de validade inerentes ao conceito de democracia, expressas pelas noções de soberania popular e direitos humanos, ao mesmo tempo que leva em consideração a facticidade contemporânea e os limites impostos pela complexidade administrativa própria de sociedades de massa. A teoria discursiva olha para o conteúdo normativo da democracia em práticas políticas cotidianas. Tal método pressupõe uma análise sociológica e uma reconstrução normativa.¹³

A democracia corporatista apresenta um modelo pluralista-cooperativo ou negociador. Desenvolvida por Philippe C. Schmitter, professor emérito do Departamento de Ciências Políticas e Sociais do Instituto Universitário Europeu, propõe um modelo democrático liberal fundamentado na centralidade partidária que cede o protagonismo representativo e de controle às associações corporativas e aos grupos de pressão. O próprio governo troca o estilo autoritário e unilateral por um estilo negociador, promotor e arbitral entre interesses (associações empresariais e sindicatos).¹⁴

Tal sistema assenta-se na relação entre os grandes grupos de interesses contrapostos (representantes respectivamente dos industriais e dos operários) e o parlamento. Chamado de neocorporativismo, caracteriza-se por uma relação triangular na qual o governo, idealmente representante

¹² Canotilho, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1417.

¹³ Bernardes, Márcia Nina. Esferas Públicas Transnacionais: Entre o Realismo Vestfaliano e o Cosmopolitismo. *Revista Direito GV*. São Paulo, vol. 10, n. 1, pp. 269-294, jan./jun. 2014, p. 271.

¹⁴ A **democracia participativa** na sua modalidade “**concertacionista**”, caso fosse posta em prática, cederia passo a um Estado Corporativo, de viés autoritário, catalisador de um modelo oligárquico de organização de poder, e resultaria na colonização do interesse público geral por interesses particulares. Os cidadãos deixariam de poder escolher os seus representantes nos órgãos de soberania ou a exprimir as suas preferências sobre as grandes políticas nacionais, intervindo apenas na esfera da corporação local, profissional, económica ou cultural em que se integrariam, sendo os dirigentes por eles eleitos nessas corporações a assegurar indiretamente, nas instâncias do poder, a representação dos seus interesses específicos. Morais, Carlos Blanco de, obra citada, p. 129.

dos interesses nacionais, intervém unicamente como mediador entre as partes sociais e, no máximo, como garantidor do cumprimento do acordo. Esse acordo geralmente é realizado como uma forma de solução dos conflitos sociais que se vale de um procedimento (o acordo entre grandes organizações) e nada tem a ver com a representação política; ao contrário, trata-se de uma expressão típica de representação de interesses.¹⁵

A democracia consociativa, conceito utilizado pelo cientista político Arend Lijphart, envolve no plano teórico uma ideia de esgotamento parcial da democracia representativa e participativa, em face das demandas de uma sociedade pluralista multifacetada, impaciente, exigente e, em alguns casos, indomável. Segundo essa perspectiva, o critério maioritário de decisão nas democracias representativas teria um fraco papel integrador da diversidade político-social e das minorias, e a ideia de democracia participativa essencialmente centrada no modelo de concertação social¹⁶ estaria esgotada, pois geraria uma “oligopolização” de um consenso viciado entre o Estado e um conjunto de grandes corporações de lideranças petrificadas, representando interesses parcelares. A mitologia da suposta “virtude” da decisão por consenso domina essa noção de democracia. A tomada de decisões pelo poder representativo maioritário deveria envolver uma negociação permanente, seja com as associações representativas da sociedade civil, seja com as próprias minorias político-partidárias, de modo que a decisão final possa integrar o contributo do maior número de agentes político-sociais e que nenhum partido veja salvaguardados por inteiro os seus interesses numa dada decisão.¹⁷

Para Lijphart, um ponto essencial que irá esclarecer ainda mais a distinção entre o modelo maioritário e o consensual se dá a partir da

¹⁵ Bobbio, Norberto. *O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 15ª. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018, pp. 46 e 47.

¹⁶ Conceito de concertação social: A concertação social é um procedimento com vistas à feitura de um acordo tripolar, no qual o governo não desempenha um papel de árbitro ou mediador, mas sim de parte, assumindo uma posição de negociador e não de autoridade, junto aos grupos intermediários da sociedade, grupos formados para a defesa de interesses comuns, como, por exemplo, as Organizações não governamentais, sindicatos. É característica do neocorporativismo.

¹⁷ Moraes, Carlos Blanco de, obra citada, p. 118.

definição mais básica da democracia: Governo pelo povo, ou, no caso da democracia representativa, governo pelos representantes do povo. Para o cientista político, o modelo consensual é o mais democrático, considerando que hoje vivemos em sociedades divididas, com características pluralistas. Nesse sentido, apenas um modelo que privilegie o consenso e a inclusão pode se efetivar como mecanismo essencial de governabilidade.

O processo democrático de decisão não se restringe a uma representação individual ou coletiva, necessitando de um mergulho na sociedade pluralista, na qual encontramos organizações não governamentais, associações públicas e privadas, centros de opinião e meios de comunicação. Para alguns autores, “o Estado pós-social envolveria uma dimensão ‘macrorrepresentativa’, assente na designação de mandatários pelo povo em sufrágio eleitoral, e uma dimensão ‘microrrepresentativa’, que implicaria a introdução de procedimentos que integrassem as estruturas pluralistas da sociedade civil no processo de decisão, com relevo acrescido para a resolução de problemas locais. O processo de decisão democrática seria assim horizontalizado através de uma cooperação consensual entre micro e macropolítica regida por regras de procedimento”.¹⁸

¹⁸ Morais, Carlos Blanco de, obra citada, pp. 119-120.

CAPÍTULO VIII: DEMOCRACIA DIGITAL OU ELETRÔNICA

Discute-se atualmente a respeito da democracia digital ou eletrônica. Porém, o que se questiona é se as novas tecnologias da comunicação poderão alicerçar outras formas de parla, de discussão e de argumentação (videoconferência, debates televisivos, sondagens) que substituam a organização (Parlamento) e procedimentos (eleições) formalmente constitucionalizados. Os métodos dialógico-democráticos e a participação ativa através de sistemas eletrônicos (via internet) exigirão a observância de princípios como os da universalidade e da igualdade.¹

A “democracia digital”, na sua componente difusa e libertária, reflete, segundo seus defensores, uma sociedade cada vez mais informada, ativa e emancipada. Essa sociedade mais capacitada promoveria não só ações coletivas, como também disputaria o espaço público das mídias, com vários tipos de recursos atualmente oferecidos pela internet. A blogosfera cresce a cada dia, diminuindo o espaço privado dos governantes, permitindo um acesso rápido ou quase imediato às notícias, sejam elas verdadeiras ou falsas.²

A blogoesfera converteu-se num cosmos informal de valorização da intervenção no espaço público, da cidadania usuária das novas tecnologias, de alargamento da discussão de temas relevantes para a coletividade e de horizontalização das relações comunicativas entre governantes e governados (com o apagamento de mediadores).³

¹ Canotilho, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1419.

² O presidente eleito da República Federativa do Brasil, em novembro de 2018, em seu discurso na cerimônia de diplomação, chama atenção pelo que revela da estratégia que o novo governo pretende usar na negociação com o Congresso. “O poder popular não precisa mais de intermediação. As novas tecnologias permitiram uma relação direta entre o eleitor e seus representantes.” Em verdade, por meio das mídias sociais, os usuários tentam preencher o vazio de representação, criado pela banalização da atividade político-partidária, que caiu no descrédito da nova geração de usuários da internet.

³ Moraes, Carlos Blanco de, obra citada, p. 146.

O avanço tecnológico na comunicação, a revolução tecnológica da Era Digital, permite uma intensa atividade de instâncias públicas de fiscalização dos governantes, propiciando um controle difuso do poder político. Não obstante, esses espaços de controle e fiscalização se dão em face de situações verdadeiras e falsas, influenciando em muito os processos eleitorais, como se viu na disputa para Presidente da República nos Estados Unidos da América, em que Trump saiu vitorioso, pesando contra ele a difusão de algumas inverdades a respeito da candidata Hilary Clinton.

Pelo exposto, podemos concluir que o mundo digital, da internet, da blogoesfera, abraça todas as opiniões sobre as questões que circulam na rede, não filtradas ou mediadas, perfilhando-se mais com a liberdade de expressão, com o liberalismo de ideias, do que com a democracia, mesmo a democracia deliberativa.

A democracia deliberativa idealizada por Habermas, ligada aos movimentos sociais, ao confronto de opiniões diversas no espaço público e à demanda do melhor argumento, pouco tem a ver com a democracia digital da blogoesfera, pautada por imediatismo, mobilização, dogma. A ausência de filtros e estruturas de moderação eficazes banaliza o ciberespaço, e vulnera a credibilidade de temas discutidos.

Como bem ponderado pelo Prof. Blanco de Moraes, a democracia digital constitui um espaço de comunicação inclusiva, libertária, grafitada e tribal, onde coexiste a informação com desinformação e o debate com o combate e onde, a par de lutas políticas entre grupos, partidos e Estados com escassas regras, logram subsistir algumas ilhas esparsas onde o debate qualificado é possível. O ciberespaço pode na verdade constituir um veículo legal ou ilegal para todo tipo de projetos e combates.⁴

⁴ Moraes, Carlos Blanco de, obra citada, p. 155.

CAPÍTULO IX: UMA PROPOSTA DE DEMOCRACIA GLOBAL

A globalização parece ter destruído a ordem mundial, sem ter inaugurado uma nova. Zygmunt Bauman observa que a noção da globalização substituiu gradativamente a de “universalização”, que foi indispensável para a autocompreensão moderna e, hoje, é encontrada apenas em discursos filosóficos e, às vezes, em discursos jurídicos.

Os Estados modernos são uma construção social moldada por circunstâncias históricas que foram profundamente alteradas nas últimas décadas. Porém, a globalização não representa o fim do Estado Territorial. O Estado ainda mantém importantes dimensões da soberania: faz guerras, sanciona o uso da força em seu território, protege cidadãos no exterior. Além disso, a cidadania plena em um Estado constitui uma relação muito importante, conferindo privilégios importantes aos nacionais.

Tanto na visão positivista do direito internacional quanto na realista de relações internacionais, homogêneas no modelo de Vestfália,¹ o Estado territorial constitui o único sujeito/ator político relevante na cena internacional. A única condição para o reconhecimento da soberania de um Estado é a verificação de um governo efetivo controlando o território nacional. Soberania, no clássico modelo vestfaliano, implicaria ao menos quatro outros corolários jurídicos: não intervenção, autodeterminação, jurisdição doméstica e igualdade entre Estados soberanos.²

A globalização e o multiculturalismo afetam o princípio da soberania territorial, no que diz respeito à clássica distinção entre assuntos internos e internacionais, uma vez que visam a proteger valores universais.

Jean Cohen lembra-nos que há uma enorme variedade de instituições e práticas, privadas e públicas, sub e supranacionais, que dão origem a algum tipo de regulação ou autorregulação, contornando assim o Estado na geração de *soft law*. Como exemplos de tais instituições e práticas,

¹ O chamado modelo de Vestfália foi usado durante mais de trezentos anos para explicar as relações internacionais e o direito internacional do chamado sistema interestadual moderno. O nome alude à Paz de Vestfália, um conjunto de tratados que pôs fim, em 1648, à Guerra dos Trinta Anos na Europa.

² Cf. Kingsbury, 1998, pp. 604-615, *apud* Bernardes, Márcia Nina, artigo citado, p. 275.

Cohen cita as associações de comércio internacional, Organização Mundial do Comércio, o Fundo Monetário Internacional, a União Europeia. Ainda que destituídas do caráter formal das normas de direito internacional, as normas de *soft law* podem, de fato, conformar condutas de atores importantes no cenário internacional. Seu núcleo continua sendo a sociedade internacional de Estados soberanos, pluralisticamente segmentada, que cria direito internacional (via costumes e tratados) baseado no consentimento. Sobrepostos a isto, há regimes jurídicos e políticos e Instituições de Governança Global dos subsistemas globais da sociedade mundial que são funcionalmente diferenciadas, e cujas estruturas institucionais, órgãos decisórios e regras obrigatórias têm adquirido uma autonomia expressiva com relação aos seus Estados-membros e com relação uns aos outros.³

Do ponto de vista da teoria democrática, Dahl (1999) argumenta ser impossível a democracia cosmopolita, à luz da inexistência de um *demos* global, e de um senso comum de pertencimento e comunidade que se materialize em uma linguagem comum, uma religião comum e traços culturais comuns. A inexistência de um *demos* global transformaria perspectivas cosmopolitas em projetos potencialmente autoritários.⁴

A dimensão constitucional do direito internacional apresenta um “modo de comando” diferente: deixa de ser meramente transacional e denota o surgimento de um senso de comunidade existente em algumas áreas da vida internacional. Como Weiler explica, “materialmente, a marca da comunidade pode ser encontrada na apropriação ou definição de bens comuns”, que podem ser materiais (o leito profundo do alto-mar ou as áreas do espaço, por exemplo) ou espirituais (como o direito internacional dos direitos humanos ou a ecologia). Em consonância com isso, as novas organizações internacionais como a ONU, a OEA e UE, que proliferaram depois da década de 1950, articulam objetivos que em parte são distintos dos objetivos específicos de seus Estados membros. A soberania estatal cede a uma regulação internacional que protege valores considerados universais.⁵

³ Cf. Cohen, Jean, *Globalization and Sovereignty*, 2012, p. 311, *apud* Bernardes, Márcia Nina, artigo citado, p. 277.

⁴ Cf. Dahl, 1999, p. 26, *apud* Bernardes, Márcia Nina, artigo citado, pp. 280-281.

⁵ Cf. Weiler, 2004, p. 556, *apud* Bernardes, Márcia Nina, artigo citado, p. 283.

A sociedade civil transnacional constitui uma rede de organizações que pode servir a diferentes propósitos: da mobilização legítima da sociedade civil a ataques terroristas.

Como bem alinhavado pelo Professor Carlos Blanco, na análise elaborada pelo sociólogo jurídico alemão Gunther Teubner em seu livro *Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo Social na Globalização*, o processo de globalização econômico-financeira, associado a um movimento de privatização de funções públicas, esvaziaria o poder do Estado-Nação, deslocando funções de governo para um âmbito transnacional; e a sociedade transnacional, composta por atores não estaduais, não seria estruturada numa lógica estadual, mas integrada por um universo fragmentado, sendo regida por um complexo diversiforme de normas que integrariam tratados, atos jurídicos internacionais de caráter unilateral, costumes, normas de direito administrativo global e standards de *soft law* integrados por códigos de conduta, recomendações e boas práticas. A proposta de construção de uma Constituição global projetar-se-ia antes como um conjunto de fragmentos constitucionais que regeriam estruturas e entes transnacionais distintos, figurando como “ilhas de constitucionalização” informais, sendo a União Europeia o exemplo de uma estrutura constitucional independente da natureza transnacional. Por fim, conclui que a Constituição Fragmentária global exhibe diversas dificuldades, pois integraria dificilmente a defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana num nível de garantia equivalente aos espaços estatais, teria problemas de legitimação democrática e se confrontaria com situações deficitárias no plano do controlo dos poderes formais e informais que seus atores exercem.⁶

Assinala Teubner que a unificação europeia, o surgimento de regimes transnacionais e o deslocamento dos processos políticos de poder para as mãos de atores coletivos privados não caberiam na formatação das constituições nacionais. A globalização e a privatização seriam os responsáveis pela crise do Estado Nacional.

O deslocamento de camadas da soberania estatal para estruturas supranacionais e internacionais constitui hoje uma realidade

⁶ *Apud* Moraes, Carlos Blanco, obra citada, pp. 108 e 109.

multidigitada. Ela assume uma natureza institucional no âmbito dos Estados da União Europeia, que, nos termos dos tratados institutivos, hoje Tratado de Lisboa, delegam competências na União e se comprometem a observar na sua ordem interna normas jurídicas ditadas por esta entidade. Incorpora uma natureza convencional (no plano dos tratados e acordos internacionais) relativamente aos Estados que, a nível mundial, são parte de convenções internacionais envolvendo áreas tão diversas como o comércio, a matéria financeira ou as comunicações. Exibe uma natureza híbrida no contexto de Estados sujeitos a resgates financeiros internacionais garantidos por organizações internacionais e seus órgãos. E assume uma morfologia difusa e indeterminada quando respeita as recomendações, regras técnicas e de boa conduta (*soft law*) que, não sendo juridicamente vinculantes, exercem um forte condicionamento nos órgãos de poder dos Estados.⁷

A ideia da construção de um Direito Constitucional Transnacional ou Global encontra graves dificuldades de enquadramento no que tange à natureza jurídica própria de uma Constituição. Isto porque as Constituições modernas nascem de um poder constituinte originário imputável à vontade popular, sendo realidades inseparáveis dos Estados, o que não acontece na gênese dos atores internacionais. Acresce que os tratados, os atos jurídicos unilaterais de Direito Internacional e os contratos administrativos hierarquia inferior às das Constituições, podendo ser declaradas inválidas pelo Tribunal Constitucional de cada país. Além disso, conforme reprovação referendária do Tratado Constitucional europeu em referendos realizados na França e na Holanda, o Tratado de Lisboa não é uma Constituição.

Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à divisão de poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais.⁸ Tal organização não é encontrada nas normas fragmentárias, públicas e privadas que regem as organizações supranacionais e internacionais.

⁷ Morais, Carlos Blanco, obra citada, p. 110.

⁸ Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32^a. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 80.

Em verdade, as normas que surgem com a ampliação dos sujeitos internacionais, tais como a UE, OMC, OIT, TPI, dentre outras entidades transnacionais, exercem funções regulatórias, não assumindo funções constitucionais próprias do Estado⁹.

⁹ A interação entre *codes of conduct* privados e públicos para empresas multinacionais oferece um nítido exemplo de como o mundo dos Estados desempenha apenas o reduzido papel de impulsionador nas constituições de instituições sociais. O *soft law* internacional, formulado pela ONU em *codes of conduct* destinados a diversas instituições globais, não é comparável com normas constitucionais vinculantes, tal como prescritas em diversos âmbitos sociais por parlamentos nacionais e tribunais constitucionais. A constituição da empresa se baseou no primado do Estado sob a forma de normas constitucionais e de dispositivos legais. O Estado organizou a cooperação neocorporativa de capital, trabalho e Estado, por meio de regras de participação no conselho fiscal (*Aufsichtsrat*), por meio de direitos decisórios do conselho de fábrica (*Betriebsrat*) e por meio de normas do sistema de convenções coletivas de trabalho. O direito privado estatal e societário promulgou regras de responsabilidade e organiza os interesses da empresa de acordo com diferentes interesses de *stakeholders* e com o bem comum. Essa hierarquia normativa nacional pode ser compreendida pelo binômio *hard law/soft law*. O Estado promulga *hard law* no direito societário, no direito de cogestão (*Mitbestimmungsrecht*), no direito do trabalho e no direito regulatório, sob a forma de normas vinculantes e cujo cumprimento é garantido por sanções. Normas empresariais internas seriam, em oposição, apenas, uma possível forma de *soft law*. Teubner Gunther, *Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo Social na Globalização*. Coordenação de Marcelo Neves. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 98 e 99.

CAPÍTULO X: DEMOCRACIAS LIMITADAS: ILIBERAIS e AUTORITÁRIAS

As democracias iliberais são Estados de direito dotados de sistemas políticos e eleitorais que potencializam executivos estáveis e fortes, promovem a redução da essência da representação parlamentar às principais forças partidárias e uma prática constitucional e política que proporciona apenas garantias parciais do exercício de diversos direitos políticos. Fixam, igualmente, limites de intensidade variável a formas de heterocontrole de legalidade do poder político, nomeadamente, a nível do judiciário e da administração independente.¹ Caracteriza-se pela ingerência do executivo no judiciário, comprometendo a isenção e a independência das cortes jurisdicionais, minando a independência do Ministério Público, afetando com isso todo o sistema de independência e harmonia entre os poderes da república.

Os fundamentos da democracia iliberal sustentam-se na ideia de que quem vence eleições livres governa e prossegue o interesse nacional, inclusive, se necessário, contra os interesses das minorias, bem como na possibilidade de que instituições não eleitas, como o Poder Judiciário, interfiram na política como atores, a pretexto da custódia de direitos fundamentais. Frise-se que o poder judiciário nesse sistema é controlado pelo executivo, de forma a manipular as nomeações para cortes superiores. Países como a Hungria, Polónia, Singapura adotaram esse regime autoritário, em que a oposição, embora autorizada a existir, não é autorizada a fundamentalmente desafiar, nem muito menos a mudar o regime.

Na democracia, as palavras certas são difundir informação e fragmentar a decisão e, ainda, separação e desintegração – ou seja, rígida distinção entre governo e sistema judicial, além de descoordenação entre polícias, procuradores e juízes. Existe um muro que isola o sistema judicial da influência do governo. Os governos populistas promovem a transição regressiva, da democracia ao autoritarismo, por meio do controle que

¹ Moraes, Carlos Blanco, *O Sistema Político no Contexto da Erosão da Democracia Representativa*, p. 172.

conseguem exercer sobre o sistema judicial. Putin, na Rússia, Erdogan, na Turquia, e Maduro, na Venezuela, aplicam em larga escala, contra opositores, dissidentes e empresários, a receita da perseguição judicial.

PARTE II: EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO – ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO – DIREITOS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I: BREVE SÍNTESE DA EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO: DA ANTIGUIDADE CLÁSSICA À IDADE MÉDIA

Na Grécia, entre o século IV e VI a.C., surgiram ideias, práticas e instituições que podem corresponder a uma classificação de modelo antigo de constitucionalismo.

Na *polis grega* vigorou, durante certo período, a democracia direta, por meio da qual os cidadãos, sem intermediários, deliberavam em assembleias (*ecclesia*) reunidas em praça pública (*ágora*) sobre os principais assuntos de interesse geral.¹ Os legitimados para participarem dessas assembleias eram os homens livres, não estando incluídos nessa categoria as mulheres, os escravos, os estrangeiros e seus descendentes (os *metecos*).²

A organização política da *polis* era chamada de *politeia*, expressão que muitos traduzem como Constituição. Tratava-se, todavia, de um conceito ora empírico, que designava a forma de ser da comunidade política, ora ideal, que indicava um modelo a ser seguido para a realização do bem comum, mas que não se revestia de um conteúdo propriamente jurídico, que caracteriza a Constituição em sentido moderno, vista como norma de

¹ Souza, Claudio Pereira e Sarmiento, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2012, Livro eletrônico, p. 165 de 1680.

² *Ibidem*.

hierarquia superior, reguladora do processo político e das relações entre indivíduos e Estado.³

Um dos paradigmas do homem grego era a busca pelo bem comum. Não havia a preocupação com as garantias individuais, visto que o homem existia para o Estado. A liberdade, no pensamento grego, cingia-se ao direito de tomar parte nas deliberações públicas da cidade-Estado, não envolvendo qualquer pretensão à não interferência estatal na esfera pessoal.⁴ Não se cogitava na proteção de direitos individuais contra os governantes, pois se partia da premissa de que as pessoas deveriam servir à comunidade política, não lhe podendo antepor direitos de qualquer natureza. Tal concepção se fundava numa visão organicista da comunidade política: o cidadão não era considerado em sua dignidade individual, mas apenas como parte integrante do corpo social, não havendo distinção como indivíduo.^{5 6}

Em Roma, tampouco se cogitava de constitucionalismo em sentido moderno, como fórmula de limitação do poder político em favor da liberdade dos governados. Sem embargo, algumas instituições do período republicano já prenunciavam a concepção moderna de separação de poderes, notadamente a sua repartição por instituições como o Consulado, o Senado e a Assembleia, representativas de estamentos diferentes da sociedade, de forma a propiciar o equilíbrio entre eles.^{7 8}

³ Souza, Claudio Pereira e Sarmiento, Daniel, obra citada, p. 166 de 1680.

⁴ Souza, Claudio Pereira e Sarmiento, Daniel, obra citada, p. 167 de 1680.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Na Grécia antiga, não havia um único acto da vida pública onde se não fizessem intervir os deuses. Como se vivia a ideia de que os deuses tanto eram protectores excelentes, como inimigos cruéis, o homem não ousava proceder sem estar seguro de que eles lhe foram favoráveis. O povo só se reunia em assembleia nos dias permitidos pela religião. Coulanges, Fustel de, *A Cidade Antiga – Estudo sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia e de Roma*, 11^a. ed., Lisboa: Clássica Editora, 2014, p. 199.

⁷ Souza, Claudio Pereira e Sarmiento, Daniel, obra citada, p. 167 de 1680.

⁸ Em Roma, antes de se abrir a sessão, era indispensável que os *augures* se asseverassem de que os deuses lhes eram propícios. A assembleia principiava por uma oração que o *augure* pronunciava e o *cônsul* depois repetia. O lugar de reunião do Senado de Roma foi sempre o templo. Se fosse realizada alguma sessão fora do lugar sagrado, seriam consideradas nulas as decisões tomadas, porque os deuses não tinham aí estado presentes. Antes de qualquer deliberação o presidente oferecia o sacrifício e pronunciava a oração. Havia na sala um altar, onde cada senador, ao entrar, derramava a libação, invocando os deuses. Coulanges, Fustel de, *A Cidade Antiga – Estudo sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia e de Roma*, pp. 199 e 200.

Já começa a despontar em Roma a valorização da esfera individual e da propriedade, concomitantemente com a sofisticação do Direito Privado romano e com o reconhecimento de direitos civis ao cidadão de Roma, como o direito ao casamento (*jus connubium*), à celebração de negócios jurídicos (*jus commercium*), à elaboração de testamento (*faccio testamenti*) e à postulação em juízo (*legis acciones*).⁹

A Idade Medieval, que se inicia com a queda do Império Romano, correspondeu a um período caracterizado pelo amplo pluralismo político. O monopólio do legítimo uso da força, da produção de normas ou da prestação jurisdicional não era de exclusividade de nenhuma instituição. Vivia-se uma sociedade estamental, dividida em categorias e classes, fragmentada por várias instituições, tais como a Igreja, os reis, os senhores feudais, as corporações de ofício, o Imperador.¹⁰

Não havia uma clara divisão de competências entre as categorias estamentais, sendo que, ao final desse período, surgiram pactos, celebrados entre reis e certos estamentos sociais superiores, que reconheciam aos integrantes desses estamentos alguns direitos e prerrogativas, erigindo limitações jurídicas ao exercício do poder político. Destes pactos estamentais, o mais conhecido é o da Magna Carta, firmada em 1215, na Inglaterra, pelo Rei João sem Terra, pelo qual esse se comprometia a respeitar determinados direitos aos nobres, concedidos em assembleia, obtendo como contrapartida o reconhecimento do seu poder. A

⁹ Souza, Claudio Pereira e Sarmiento, Daniel, obra citada, p. 168 de 1680.

¹⁰ Não devemos esquecer que a maior parte das terras está sob o domínio da aristocracia e que por esse motivo os que as cultivam encontram emprego nesses serviços: uns como feudatários, outros como servos, outros, enfim, como colonos do senhor feudal; mas em todos esses feudatários, verdadeiros vassalos, há, um ponto de coincidência: são todos eles submetidos ao poder da nobreza que os obriga a formar suas hostes e a tomar as armas para fazerem a guerra aos seus vizinhos, para resolverem seus litígios ou suas ambições. Ademais, com as sobras dos produtos agrícolas que tira de suas terras, o senhor aumenta as suas hostes, contratando e trazendo para seus castelos chefes de armas e soldados, escudeiros e criados. Por sua vez, o príncipe não possui para afrontar esse poder da nobreza outra força efetiva, no fundo, senão a própria força dos que compõem a nobreza, que obedecem e atendem suas ordens guerreiras, pois a ajuda que lhe podem prestar as vilas, pouco povoadas e pouco numerosas, é insignificante. Qual seria, pois, a Constituição de um Estado desses?... A Constituição desse país não pode ser outra coisa que uma Constituição feudal, na qual a nobreza ocupa um lugar de destaque. O príncipe não poderá criar sem seu consentimento novos impostos e somente ocupará entre eles a posição de *primus inter pares*, isto é, o primeiro posto entre seus iguais hierárquicos. Lassalle, Ferdinand, *A Essência da Constituição*, pp. 34/35.

esses pactos faltava, contudo, a universalidade que caracteriza as constituições modernas, uma vez que eles não reconheciam direitos extensivos a todos os cidadãos, mas apenas liberdades e franquias que beneficiavam os estamentos privilegiados.¹¹

Com a desintegração do sistema medieval, a evolução das relações mercantis, a necessidade de uma centralização do poder, a supressão progressiva dos privilégios e barreiras corporativas feudais, começa a surgir o Estado Moderno, que é fruto dessa desagregação.

A ideia de uma centralização de produção normativa associada à divisão de poder envolvia também o controle do uso legítimo da força e de dizer o direito. Inicia-se o pensamento voltado à ideia da formação do Estado, abandonada no período medieval.

O chamado Estado moderno que sucede à desagregação do sistema medieval surge, precisamente, como resultado dos processos de centralização do poder político e de supressão progressiva dos privilégios feudais e barreiras corporativas medievais.¹²

O que no período medieval acontecia de forma concomitante, havendo uma multiplicidade de forças políticas e sociais, que caracterizavam uma forma desagregadora de atuar, caminha para a formação do Estado. A lei privada do senhor feudal dá lugar à lei-vontade do Monarca; o sistema de privilégios e obrigações feudais é substituído pela submissão de todos ao poder central, concentrado nas mãos do Rei, exercido agora por uma administração unificada e profissionalizada que se coloca, tal como os tribunais, na dependência do poder real.¹³

Com isso tem-se o advento do Estado Absoluto, que na linha do tempo se situa entre os séculos XVI e XIX, sendo exceção a Inglaterra, onde no século XVII há a consagração da soberania do Parlamento.¹⁴ Com Jean

¹¹ Souza, Claudio Pereira e Sarmento, Daniel, *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2012, Livro eletrônico, pp. 169 e 170 de 1680.

¹² Novais, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, fevereiro de 2014, p. 15.

¹³ Novais, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, obra citada, p. 16.

¹⁴ Novais, Jorge Reis, obra citada, p. 16.

Bondin e Hobbes, a soberania tem seu centro de gravidade no monarca. Com Locke e a Revolução Inglesa, ela se transfere para o Parlamento. Com Rousseau e as Revoluções Francesa e Americana, o poder soberano passa nominalmente para o povo.

Pode dizer-se que o Estado absoluto é verdadeiramente a primeira manifestação histórica do Estado Moderno. Nele se distinguem duas fases: uma primeira, dita fase patrimonial, em que o Estado é considerado como um bem que integra o patrimônio do Príncipe e em que o poder é justificado como tendo origem divina; uma segunda fase, em que a justificação do poder já não invoca uma origem divina, mas racional, na medida em que o Monarca já não é o dono do Estado, mas antes o seu primeiro servidor.¹⁵

Tratava-se de um Estado acima da lei e do Direito, que expressava a vontade do Rei. O Monarca não estava submetido a nenhum poder ou forma de controle. O cidadão vivia sob a soberania do Monarca, que em nome da razão tinha o poder de submeter todos à sua vontade. Era o Estado de Polícia.

Não havia à época direitos de cunho individual capazes de se opor à vontade do Monarca, associada à situação de subjunção da Justiça e da lei ao que era determinado pelo Rei, e à existência do Fisco, que estabelecia um Estado de Polícia.

Nessa moldura histórica, o caldo do liberalismo cresce e triunfa com a Revolução Francesa, na qual se luta pelo império da lei, da igualdade formal e da não intervenção do Estado na vida dos indivíduos.

No liberalismo, o que se buscava era a não intervenção do Estado, a proteção da lei de forma a preservar a liberdade de ir e vir, de contratar, de comprar e vender. Protege-se a propriedade. A igualdade que se deseja é a igualdade formal. É a igualdade perante a lei.

Vive-se um período marcado pelas grandes codificações. É a afirmação do Estado de Direito. Não há crime sem lei que o preveja. O Estado passa a ser organizado e limitado de acordo com a lei. O que se busca é a autonomia, a liberdade e a segurança dos cidadãos em face do

¹⁵ Novais, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, obra citada, p. 17.

Estado, tendo como proteção a Lei. Luta-se pelo mínimo de intervenção do Estado e pela garantia e proteção dos direitos e liberdades individuais, que estavam subordinados aos valores supremos da iniciativa privada, da segurança e da propriedade.

Os direitos de liberdade tipicamente liberais, que se cristalizam em torno da liberdade de locomoção e da inviolabilidade pessoal, do livre comércio e do exercício desimpedido da religião, são desenhados para prevenir a intrusão do Estado na esfera privada e constituem, juntamente com os direitos democráticos à participação, o pacote dos chamados direitos fundamentais clássicos.¹⁶

O artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, de 1789, proclamava que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição”,¹⁷ ou seja, só há Constituição onde existem direitos do homem e separação de poderes.

No Estado de Direito Liberal, a divisão de poderes visava não somente a racionalizar o funcionamento do Estado, como também a garantir a liberdade individual contra os abusos do poder. A evolução da sociedade liberal, assim como a multiplicação das relações sociais, dos direitos sociais concernentes às relações de produção, trabalho, educação, cultura, previdência, passaram a representar um novo cenário a ser tratado pelo direito constitucional concebido numa visão liberal. A igualdade perante a lei já não mais satisfazia o mundo do século XX. Buscava-se a igualdade real, a justiça social, o efetivo respeito a direitos fundamentais.

Nesse período ainda não há uma forte noção da importância de uma lei maior, de uma norma que estabeleça todos os princípios norteadores da legislação infraconstitucional. Há a consciência do Estado de Direito, e refloresce o sistema legal, principalmente o direito civil, com ênfase maior na propriedade e contratos.

¹⁶ Habermas, Jürgen. O Conceito de Dignidade Humana e a Utopia Realista dos Direitos Humanos, artigo publicado em: Habermas, Jürgen. *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*. Prefácio de José Joaquim Gomes Canotilho. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2012, p. 35.

¹⁷ www.direitoshumanos.usp.br – Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo – USP, visto pela última vez em 10 de abril de 2019.

Nos finais do século XVII, o êxito das Revoluções americana e francesa constitui o marco histórico decisivo que assinala a vitória desse novo projeto político, inspirado originariamente na ideologia liberal, e prenunciava a instauração generalizada de um novo tipo histórico de Estado ao longo dos séculos XIX e XX – o Estado de Direito.¹⁸

O Estado de Direito desenvolveu-se de forma diferente na Alemanha, na França e nos Estados Unidos, influenciando todo o continente europeu e americano.

A inauguração simbólica e o marco inicial da modernidade podem ser situados no tempo na aprovação dos notórios documentos revolucionários do século XVIII: os norte-americanos *Declaration of Independence* (1776) e *Bill of Rights* (1791), e o francês *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (1789). Seu encerramento simbólico data da queda do Muro de Berlim, em 1989. Nesse meio-tempo, os direitos naturais proclamados pelas declarações do século XVIII transformaram-se em direitos humanos, seu escopo e jurisdição expandiram-se da França e dos Estados Unidos para toda a humanidade, e seus legisladores ampliaram-se das assembleias revolucionárias para a comunidade internacional e seus plenipotenciários e diplomatas em New York, Genebra e Estrasburgo.¹⁹

Uma das grandes mudanças de paradigmas ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século XIX, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos de forma a superar a fase dos Estados pré-constitucionais. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao judiciário não se concedia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.²⁰

¹⁸ Novais, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, p. 19.

¹⁹ Douzimas, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 99.

²⁰ Barroso, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção de um Novo Modelo*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, p. 253.

Com a reconstitucionalização que sobreveio à Segunda Guerra Mundial, passou a ser premissa nos países europeus, inicialmente na Alemanha, o estudo da Constituição e o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições.

A norma constitucional passou a desfrutar do atributo da imperatividade, contendo comandos, mandamentos, ordens, dotada de força jurídica e não apenas moral. Passa a ter um caráter hierarquicamente superior.

A supremacia da Constituição é o postulado sobre o qual se assenta o próprio direito constitucional contemporâneo, tendo sua origem na experiência americana. Decorrem daí, dentre outros postulados, a posição de preeminência do poder constituinte sobre o poder constituído, o conteúdo material das normas que carrega a ideia de permanência.

A Constituição hoje é vista como um instrumento do processo civilizatório, tendo por finalidade conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e avançar na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados.²¹

Ao lado dos direitos e garantias individuais, com o colapso de uma civilização, após as duas grandes guerras mundiais, aparecem os direitos sociais, então delineados na Constituição de Weimar, instituidora da primeira república alemã.

Associadas a isso, surgem novas experiências políticas após a eclosão da Primeira Guerra Mundial. A industrialização, o progresso tecnológico foram fatores determinantes para o deslocamento dos homens de sua terra, onde desenvolviam uma economia de subsistência familiar, migrando para as cidades maiores, nas quais poderiam ter acesso a melhores condições de vida. Com o fim das duas grandes guerras que assolaram o continente europeu, a sociedade mudou. A paz social já não se reduzia à ordem nas ruas, pressupunha-se e responsabilizava-se o Estado na caminhada para o bem-estar.

Não se podiam mais elencar os direitos com foco na defesa do cidadão em face do Estado. Começa a crescer a ideia de que o Estado deve

²¹ Barroso, Luis Roberto, obra citada, p. 70.

prover o cidadão. Já não mais se postulava o direito exclusivamente liberal e individualista, e nesse ambiente a Constituição da República de Weimar resultou da fase final do Estado Liberal, que já estava morto, associado ao Estado Social ainda embrionário. A Constituição alemã de 1929 foi pioneira na introdução dos direitos sociais, e no artigo 151 o texto menciona a “garantia de uma existência digna para todos”.²²

Os direitos sociais, que ao contrário têm por objeto não uma abstenção, mas uma atividade positiva do Estado, como o direito à educação, ao trabalho, à previdência social entre outros, só se realizam por meio de políticas públicas e programas de ação governamental.

Nesse sentido, a consciência social passa a ser vista e pensada de forma diversa. A sociedade vai tomando consciência de que necessita de um Estado que a estruture, regule e transforme de modo a buscar a justiça social e o progresso econômico.

É tarefa do Estado empenhar-se, então, na redistribuição do produto social e na direção ou mesmo planificação do processo econômico. A justiça social e a prossecução da igualdade material são elevadas a fins sociais do Estado, que assim se afirma como Estado Social.

O estado de Direito de nossa época é, por definição, social e democrático. A segurança jurídica resulta da proteção dos direitos fundamentais, da obrigação social de modelação da sociedade por parte do Estado, e da autodeterminação democrática.

O Estado Social revela ser um modelo de aprofundamento da dignificação da pessoa humana, adicionando às garantias de liberdade e aos direitos individuais oriundos das revoluções liberais preocupações de bem-estar social, econômico e cultural, elevadas à categoria de direitos (sociais) da pessoa.²³

A transformação do propósito de bem-estar social numa verdadeira cláusula constitucional vinculativa da atividade pública traduz o propósito de edificação de um modelo de sociedade baseada na dignidade

²² Habermas, Jürgen, O Conceito de Dignidade Humana e a Utopia Realista dos Direitos Humanos, publicado na *Metaphilosophy*, vol. 41, n. 4, July 2010, 0026-1068, p. 6.

²³ Otero, Paulo, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, 2ª. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p. 338.

da pessoa humana e empenhada na realização da justiça social e da solidariedade: a noção de democracia emergente do pós-Segunda Guerra Mundial não se pode configurar como mero processo político-formal de escolha dos governantes pelos governados ou simples critério de decisão, antes exige uma dimensão econômica, social e cultural.²⁴

E nesse sentido podemos afirmar que a democracia tem por fundamento o reconhecimento dos direitos de liberdade e como natural complemento o reconhecimento dos direitos sociais ou de justiça. Devido a essa dupla característica do reconhecimento, e correlata garantia e proteção, de direitos individuais e direitos sociais, as democracias contemporâneas, renascidas depois da catástrofe da Segunda Guerra Mundial, foram denominadas ao mesmo tempo liberais e sociais. Uma vez que os princípios de liberdade eram dados como pressupostos, desenvolvendo-se no Estado Democrático a partir do reconhecimento dos direitos de liberdade para chegar ao reconhecimento dos direitos sociais, falou-se de uma passagem da democracia liberal para a democracia social.²⁵

²⁴ Otero, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, 2ª. reimpressão da edição de setembro. Coimbra: Almedina, 2007, p. 339.

²⁵ Bobbio, Norberto. *Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 502.

CAPÍTULO II: AS DECLARAÇÕES CONSTITUCIONAIS DE DIREITOS DO LIBERALISMO

No século XVII o constitucionalismo inglês, com a Revolução Gloriosa de 1688, assentou o princípio da supremacia política do Parlamento Inglês, em um regime pautado pelo respeito aos direitos individuais, sendo editados três documentos constitucionais de grande valia: a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689, que garantiam importantes liberdades para os súditos ingleses, impondo limites à Coroa e transferindo poder ao Parlamento.¹

Na Grã-Bretanha a positivação iniciou com a *Magna Charta* e, posteriormente, sucessivos atos legislativos garantiram uma Constituição centrada na tutela de direitos e, por esta via, na limitação do poder real, não acarretando a necessidade de uma declaração constitucional de direitos.

Os postulados ideológicos do liberalismo, tais como a tutela da liberdade, da propriedade e da segurança, a limitação do poder do Monarca, a igualdade perante todos, passaram a existir sem que houvesse uma declaração constitucional de direitos como em outros países.

O principal alicerce de sustentação das instituições inglesas foi oferecido pelas construções jus naturalísticas, que sustentavam a existência de direitos inatos do homem insuscetíveis de serem desrespeitados pelas estruturas estatais de poder. Essas construções insurgiam-se contra o pensamento, bem ao gosto das monarquias absolutistas, de que as liberdades surgiam com os comandos normativos, verdadeiras concessões que afloravam de acordo com a conveniência do soberano, cujo poder, vale lembrar, tinha um alicerce essencialmente teológico. Da concepção de que a norma cria a liberdade decorria a constatação de inexistirem direitos inatos, afetos ao ser humano pelo só fato de existirem como tal. Esse tipo de pensamento foi combatido por John Locke ao reconhecer que a lei, estabelecida com o consentimento da comunidade e destinada a assegurar a sua coexistência, pode ampliar a liberdade existente em natureza. Como o

¹ Souza Neto, Claudio Pereira e Sarmento, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2012, livro eletrônico, p. 177 de 1680.

homem não tem poder sobre a própria vida, que lhe é atribuída pela natureza, não lhe seria dado consentir com a denominação, reduzindo-se à condição de escravo.²

O processo de justificação teórica da limitação do poder estatal foi profundamente influenciado pelas instituições inglesas. Como já afirmado, esse processo se iniciou com a *Magna Charta* de 1215, responsável pela estruturação de dois princípios essenciais ao direito anglo-saxônico. O primeiro deles, o de que a representação é uma condição da taxação, e o segundo é que a lei é a mesma para todos os homens livres.³

De acordo com o *Petition of Rights* de 1628, “o homem livre somente pode ser preso ou detido pela lei da terra, ou pelo devido processo legal, e não pela ordem especial do Rei sem qualquer acusação”. O *Habeas Corpus Act* de 1879 reconheceu a juridicidade desse instrumento e restringiu a sua utilização àqueles que tivessem sua liberdade de locomoção cerceada sob a acusação de prática de crime. Somente com o *Habeas Corpus Act* de 1816 é que foi positivado o uso desse instrumento em qualquer caso de restrição à liberdade de locomoção, ainda que o cerceamento estivesse dissociado da prática de crime. O *Bill of Rights and Claim of Rights* de 1689, cujo título era “*An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crow*”, reconheceu inúmeros direitos individuais, como a liberdade pessoal, a propriedade privada e a segurança pessoal. A mais eficaz garantia aos direitos individuais sobreveio com o *Act of Settlement* de 1701, que garantiu a independência dos juízes e colocou-os acima da vontade livre da Coroa.⁴

Não obstante, sem pretender excluir ou diminuir o processo político da Grã-Bretanha, a materialização constitucional dos valores liberais no domínio dos direitos da pessoa humana encontra a sua primeira

² Constant, Benjamin. *A Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos*. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015, Coleção Clássicos do Direito, vol. 3, p. 33.

³ Constant, Benjamin. *A Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos*. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015, Coleção Clássicos do Direito, vol. 3, p. 32.

⁴ Constant, Benjamin. *A Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos*. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015, Coleção Clássicos do Direito, vol. 3, pp. 32 e 33.

expressão jurídica positiva na Declaração de Direitos de Virgínia, datada de 12 de junho de 1776.⁵

Afirmando o princípio de que “todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inatos”, neles se incluindo o gozo da vida e da liberdade, nunca podendo deles ser privados ou despojados, tal como dos meios para adquirir e possuir a propriedade e procurar e obter felicidade e segurança, a Declaração proclama que todo poder reside no povo e deriva do povo, encontrando-se a existência e a atuação do governo vinculadas à prossecução do bem comum, da proteção e segurança do povo, conferindo-se à maioria da comunidade o “direito incontestável, inalienável e irrevogável, caso o governo não prossiga esses fins”, “de o reformar, modificar ou abolir da maneira que for julgada mais conducente à felicidade geral”.⁶

A primeira Constituição escrita do mundo moderno, aprovada pela Convenção em 17 de setembro de 1787, passou a ser o marco simbólico da conclusão da Revolução Americana em seu tríplice conteúdo: independência das colônias; superação do modelo monárquico; implantação de um governo constitucional, fundado na separação de Poderes, na igualdade e na supremacia da lei. Para acomodar a necessidade de criação de um governo central com o desejo de autonomia dos Estados – que conservaram os seus próprios Poderes e amplas competências –, concebeu-se uma nova forma de organização do Estado, a Federação, que permitiu a convivência dos dois níveis de poder, federal e estadual.⁷

A denominada Revolução Americana absorve um conjunto de acontecimentos ocorridos entre os anos de 1765 e 1783, culminando com o surgimento dos Estados Unidos da América. Em um primeiro momento, as colônias insurgiram-se contra os tributos instituídos por um Estado, a Inglaterra, no qual não tinham efetiva participação no exercício da função legislativa, daí decorrendo a afronta ao célebre princípio “*non taxation without*

⁵ Otero, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2ª. reimpressão da edição de setembro de 2007, p. 237.

⁶ Otero, Paulo, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, p. 238.

⁷ Barroso, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41.

representation". Dessa forma o parlamento britânico adotou práticas que não se identificavam com a concepção de liberdade, e incompatíveis com a ideia de um povo livre. A recalcitrância dos colonos em cumprir suas obrigações tributárias ensejou a edição de lei punitivas pelos britânicos, como os Coercive Acys, de Massachussetts, em 1774. A guerra foi um desdobramento inevitável.⁸

A Declaração de Independência, cujo principal redator foi Thomas Jefferson, assinada em 4 de julho de 1776 pelos membros do Segundo Congresso Continental, é considerada um marco na história das ideias políticas, passando a simbolizar a independência das treze colônias americanas, ainda como Estados distintos.⁹

A leitura dos artigos da Declaração de Independência permite recortar a afirmação de cinco princípios nucleares da nova ordem política: 1º. – Todos os homens são iguais; 2º. – Deus dotou os homens de direitos inalienáveis; 3º. – Os direitos à vida, à liberdade e à busca de felicidade são direitos inalienáveis do homem; 4º. – Os governos são instituídos para assegurar os direitos inalienáveis do homem, e o seu poder resulta do consentimento dos governados; 5º. – Sempre que um governo desrespeita tais propósitos, o povo tem o direito de, em situações extremas, alterar ou abolir esse governo e instituir um novo governo, segundo um modelo organizativo que lhe pareça mais adequado para promover a sua segurança e felicidade.¹⁰

A Declaração de Independência de 4 de julho de 1776 professou o liberalismo e a preeminência do regime republicano, sendo francamente refratária à aristocracia e à monarquia. Em 1777, foram firmados os Artigos da Confederação, em que os novos Estados independentes, outrora colônias britânicas, articularam ações conjuntas. A Constituição norte-americana, seguindo os passos iniciais dados pelos treze Estados independentes,

⁸ Constant, Benjamin. *A Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos*. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015, Coleção Clássicos do Direito, vol. 3, pp. 34 e 35.

⁹ Barroso, Luís Roberto, obra citada, p. 40.

¹⁰ Otero, Paulo, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, obra citada, p. 239.

consagrou, pela primeira vez, um governo que somente possuía poderes limitados.¹¹

Na luta pela liberdade, pela independência das treze colônias, o povo americano teve êxito na proclamação da Independência em face da Grã-Bretanha, dando projeção constitucional dos direitos fundamentais do ser humano na legitimação do poder político, fazendo do respeito pelos direitos inalienáveis do homem o fundamento último da própria independência e a razão primeira da instituição do novo governo.¹²

A experiência constitucional americana, como se infere, foi edificada em bases liberais, elevando à categoria constitucional os direitos fundamentais.

A história do direito constitucional americano é contada pelas decisões da Suprema Corte, órgão supremo do Poder Judiciário, composto por nove membros, desde 1803, no caso *Marbury v. Madison*, quando ficou estabelecido o princípio da Supremacia da Constituição, bem como a autoridade do Judiciário em zelar pelo respeito e pelo cumprimento dos direitos e garantias constitucionais, inclusive controlando a constitucionalidade dos atos emanados do Executivo e Judiciário que vierem a contrariá-la.

A brevidade do texto constitucional e suas cláusulas gerais e abertas deram à Suprema Corte um papel privilegiado na interpretação e definição das instituições e dos valores da sociedade americana.¹³

A Declaração de Independência dos Estados Unidos tem a grande força inovadora de ser o primeiro documento a afirmar os princípios democráticos, na história política moderna. A ideia de declaração está intimamente ligada ao princípio da nova legitimidade política: a soberania popular. Os governos são instituídos entre os homens para garantir seus direitos naturais, de tal forma que seus poderes legítimos derivam do consentimento dos governados. Foi previsto também o direito de revolução,

¹¹ Constant, Benjamin. *A Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos*. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015, Coleção Clássicos do Direito, vol. 3, pp. 36.

¹² Otero, Paulo, *Instituições Políticas e Constitucionais*, p. 240.

¹³ Barroso, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, obra citada, p. 44.

tão teorizado por John Locke: toda vez que alguma forma de governo se torna destrutiva (dos fins naturais da vida em sociedade), é direito do povo alterá-la ou aboli-la, e instituir uma nova forma de governo.

Os *Bills of Rights* norte-americanos são essencialmente declarações de direitos individuais, sendo certo que, seguindo o modelo do *Bill of Rights* britânico, os Estados Unidos deram aos direitos humanos a qualidade de direitos fundamentais, isto é, direitos reconhecidos expressamente pelo Estado, elevando-os a nível constitucional. A finalidade precípua é a proteção do indivíduo contra os abusos dos governantes.¹⁴

Contrariamente ao princípio da soberania parlamentar, que prevaleceu na Inglaterra, a supremacia da Constituição sobre as leis pareceu, desde o início, o primeiro mandamento do sistema jurídico norte-americano.

O objetivo dos documentos norte-americanos era legitimar a independência política da Grã-Bretanha. De acordo com um influente ensaio, elaborado pelo jurista alemão Georg Jellinek, a Declaração de Independência e a Declaração de Direitos norte-americanas, apesar de sua aparente originalidade, foram inspiradas pelas cartas de direito inglesas: a *Carta Magna*, a lei do *Habeas Corpus*, de 1679, a Declaração de Direitos, de 1689, e os direitos legais à liberdade de pensamento e religião reconhecidos nas Colônias desde o final do século XVII. Estes textos históricos, entretanto, não constituíam declarações gerais sobre as relações entre sujeitos e poder político. Ao contrário, estabeleciam soluções e procedimentos para a proteção dos direitos predominantemente feudais e privados.¹⁵

Os americanos alegavam, em primeiro lugar, que os direitos naturais das declarações eram expressões da vontade divina e uma reafirmação apenas das liberdades tradicionais do “inglês nascido livre”. A história foi contemplada por um argumento naturalista, evidente nas Declarações da Virgínia, de 12 de junho de 1776, e da Independência, de 4 de julho de 1776: os direitos do homem seriam estabelecidos e melhor protegidos se a sociedade fosse deixada amplamente livre de intervenção do

¹⁴ Comparato, Fabio Konder. *A Afirmação da História dos Direitos Humanos*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 111.

¹⁵ Douzimas, Costas, *O Fim dos Direitos Humanos*, Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2009, p. 101.

Estado. Isto era o naturalismo moderno típico. Thomas Paine havia argumentado, em sua obra *The Rights of Man*, que os revolucionários devem restringir o governo a um mínimo e permitir às leis naturais da troca de bens e do trabalho social funcionarem sem controle ou obstáculo. Os homens obedecem a essas leis, cuja ação coincide com os direitos naturais, pois isso é de seu interesse; deixadas livres, elas conduziriam a um estado de harmonia social, no qual a intervenção governamental seria redundante.¹⁶

No direito americano a supremacia da Constituição e a garantia constitucional dos direitos humanos e dos direitos fundamentais foram os princípios de maior importância para o desenvolvimento da democracia americana.

Na França, o absolutismo se consolida no período de influência do cardeal Richelieu, durante o reinado de Luís XIII, vindo a ter sua expressão simbólica mais marcante em Luís XIV (1643-1715), a quem se atribui a frase-síntese dessa era: “*L’Etat c’est moi*”. Seu sucessor, Luís XV (1723-1774), foi contemporâneo do Iluminismo e do início da superação histórica da teoria do direito divino dos reis.¹⁷

O Antigo Regime francês, designativo utilizado para individualizar o período compreendido entre os séculos XVI e XVII, caracterizava-se por uma sociedade hierarquizada em três ordens ou estados: a nobreza, o clero e o povo.¹⁸ À nobreza eram reservadas a magistratura judicial e as altas patentes do exército; além disso, também possuía foro próprio e seus membros não podiam sofrer penas degradantes. O clero era regido por um sistema jurídico específico, o direito canônico, de modo que os seus membros eram julgados por seus pares. Além disso, o clero e a nobreza estavam isentos de impostos e tinham reconhecido, para as suas classes mais elevadas, o direito de imunidade. A força de trabalho da plebe era explorada até o limite de suas forças: pagava pelo uso da terra, era onerada por uma carga tributária excessiva e não tinha reconhecida qualquer liberdade oponível aos poderes constituídos. A burguesia, mesmo com os

¹⁶ Douzimas, Costas, *O Fim dos Direitos Humanos*, obra citada, pp. 101 e 102.

¹⁷ Barroso, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, obra citada, p. 48.

¹⁸ Belo, Filomena; Oliveira, Ana. *O que foi a Revolução Francesa*. Coimbra: Quimera, 2001, p. 9.

recursos que ostentava, não podia participar da formação da vontade geral e não tinha direitos reconhecidos.¹⁹

A Revolução não foi contra a monarquia, que, de início, se manteve inquestionada, mas contra o absolutismo, os privilégios da nobreza, do clero e as relações feudais no campo. Sob o lema liberdade, igualdade e fraternidade, promoveu-se um conjunto amplo de reformas antiaristocratas, que incluíram: a) a abolição do sistema feudal; b) a promulgação da Declaração dos Direitos dos Homem e do Cidadão; c) a elaboração de uma nova Constituição, concluída em 1791; d) a denominada constituição civil do clero. Essa primeira fase da revolução, que foi de 1789 a 1792, consumou o fim do Antigo Regime e pretendeu criar uma monarquia constitucional e parlamentar, em que o rei deixava de ser soberano por direito próprio e passava a ser delegado da nação.²⁰

O rompimento com o antigo regime, a ruptura com o passado, expressou-se na teoria do poder constituinte, que exprimia a soberania da Nação, estando livre para fundar uma nova ordem jurídica com valores universais, baseados no indivíduo e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Treze anos depois da Declaração de Independência norte-americana, no ato de abertura da Revolução Francesa, a mesma ideia de liberdade e igualdade dos seres humanos é reafirmada e reforçada: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos” – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, artigo 1º.

Buscou-se o ideário iluminista da igualdade, da liberdade e fraternidade. A Revolução Francesa desencadeou, em curto espaço de tempo, a supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais, como a humanidade jamais experimentara até então. Foi sem dúvida a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário. A liberdade, para os homens de 1789, limitava-se praticamente à supressão de todas as peias sociais ligadas à existência de estamentos ou corporações de

¹⁹ Constant, Benjamin. *A Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos*. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015, Coleção Clássicos do Direito, vol. 3, p. 40.

²⁰ Barroso, Luís Roberto, obra citada, p. 51.

ofícios. E a fraternidade, como virtude cívica, seria o resultado necessário da abolição de todos os privilégios.²¹

Na luta contra as desigualdades, não apenas foram extintas de um só golpe todas as servidões feudais, que vigoravam havia séculos, como também se proclamaram, pela primeira vez na Europa, em 1791, a emancipação dos judeus e a abolição de todos os privilégios religiosos. Por um decreto da Convenção de 11 de agosto de 1792, proibiu-se o tráfico de escravos nas colônias. Esse movimento igualitário só não conseguiu, afinal, derrubar a barreira da desigualdade entre os sexos.²²

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 deu contorno preciso das liberdades individuais. No campo penal, fixou-se claramente o princípio fundamental de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena que não seja fixada em lei (artigo 8º).

Foram garantidas a propriedade privada contra expropriações abusivas (artigo 17º) e a estrita legalidade na criação e cobrança de tributos (artigos 13 e 14).

A declaração de Direitos de 1793 salienta o reconhecimento de que a soberania política pertence ao povo (artigos 25 e 26), com a abolição das diferenças de voto entre os cidadãos (artigo 29), a proclamação de que “a lei deve proteger a liberdade pública e individual contra a opressão dos que governam” (artigo 9), sendo que todo aquele contra o qual se pretendeu executar, pela violência, uma medida arbitrária tem o direito de repeli-la pela força (direito de resistência – artigo 11).²³

O protagonista do processo constitucional francês é o Poder Legislativo, que teoricamente encarna e é visto como um garantidor mais confiável dos direitos do que o Poder Judiciário. O culto à lei, emanada do Poder legislativo, acabou se desvirtuando no legalismo formalista, em que os juízes eram vistos como aplicadores autômatos de normas elaboradas pelo

²¹ Comparato, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, p. 132.

²² Comparato, Fábio Konder, obra citada, p. 133.

²³ Comparato, Fábio Konder, obra citada, p. 151.

legislador e os direitos fundamentais valiam apenas nos limites das leis que os consagravam.²⁴

No Estado de Direito, na concepção liberal, havia a supremacia do princípio representativo, sendo deferida aos órgãos de representação a legislação material.

Foi a época das grandes codificações, principalmente o Código Civil de Napoleão de 1804, assentado na racionalidade, universalidade, na proteção à propriedade privada e no respeito à autonomia da vontade.

Foram treze Constituições ao todo, editadas, respectivamente, nos anos de 1791, 1793, 1795, 1799, 1804, 1814, 1830, 1848, 1852, 1875, 1946 e 1958.²⁵

Com o Estado liberal burguês, o poder econômico e o poder político celebram uma aliança definitiva. Encerraram-se com o absolutismo real, com a nobreza, estamentos privilegiados, corporativismo. Consolidaram-se o sufrágio universal, a soberania popular, a separação de poderes e a proteção dos direitos individuais, com ênfase nas liberdades públicas, na igualdade formal e na propriedade privada.

Na França, a influência norte-americana foi reconhecida nos debates parlamentares de julho e agosto de 1789, mas uma distinção precisa foi delineada entre as duas declarações. Conforme afirmara Rabaud Saint-Etienne, na Assembleia Nacional, a prioridade número 1 para uma nação em vias de nascer é destruir a velha ordem e recomeçar a partir do estabelecimento de um novo poder legislativo. Para a nação francesa, que já existia, a maior prioridade era “construir e não simplesmente declarar direitos, uma vez que eles são uma parte integral da Constituição”. A França prefaciava sua Constituição com a Declaração tornando-se a base e a legitimação da reforma constitucional. A garantia central da Declaração Francesa era o direito de resistência à opressão, uma expressão do caráter profundamente político e social da revolução. Como declarou Mirabeau na

²⁴ Souza Neto, Claudio Pereira e Sarmento, Daniel, obra citada, pp 181 e 182 de 1680.

²⁵ Souza Neto, Claudio Pereira e Sarmento, Daniel, obra citada, p. 182 de 1631.

Assembleia Constituinte, a Declaração não era uma lista de declarações abstratas, mas “um ato de guerra contra os tiranos”.²⁶

Para os franceses, a Revolução era um ato de vontade popular suprema, destinada a reconstruir radicalmente a relação entre a sociedade e o Estado conforme os princípios dos direitos naturais. O *ancien régime* havia degradado a natureza e corrompido a Constituição, e era tarefa da filosofia auxiliar na elaboração de um esquema racional para o novo Estado, com base na proteção dos direitos. Como observa Habermas, os franceses acreditavam que, quando o *insight* filosófico e a opinião pública estão separados, recai sobre o filósofo a tarefa prática de proteger o reconhecimento político pela própria razão por meio de sua influência sobre o poder da opinião pública.²⁷

A natureza pública e política da Revolução é evidente em todos os níveis. Os direitos pertencem ao “homem” e ao “cidadão”, ressaltando uma íntima relação entre humanidade e política; a diferença entre os direitos naturais do homem e os direitos políticos do cidadão não fica clara. Os direitos proclamados não eram um fim em si mesmo, mas os meios usados pela Assembleia para reconstruir o Estado. A nova era prometia a emancipação do indivíduo de todas as formas de opressão política primeiramente e, potencialmente, de tutela de classe ou social.

Com a dissolução do Sacro Império Romano Germânico, as comunidades germânicas espalharam-se por mais de trezentos principados autônomos, com destaque para a Prússia e a Áustria. Tal situação permaneceu inalterada até o final das guerras napoleônicas, em 1815, quando os principados foram fundidos em cerca de trinta unidades maiores, formando a Confederação Germânica.²⁸

A unificação da Alemanha só veio a ser concluída com a vitória sobre a França, e em 16 de abril de 1871 foi promulgada a Constituição do

²⁶ Douzimas, Costas, *O Fim dos Direitos Humanos*, obra citada, pp. 102 e 103.

²⁷ Douzimas, Costas, obra citada, p. 103.

²⁸ Barroso, Luis Roberto, obra citada, p. 58.

Império, tendo Bismark como chanceler.²⁹ Nessa Constituição já eram previstos os direitos fundamentais, dos quais constavam tanto os direitos individuais de origem liberal, quanto os sociais, aí incluídos a proteção ao trabalhador e o direito à educação.³⁰

Com a precária situação financeira da Alemanha e com a chegada de Adolf Hitler ao poder, deu-se a superação da Constituição de Weimar pela realidade política.

Após a Segunda Guerra Mundial, foi promulgada a Constituição da República Federal Alemã. Nessa Constituição estão afirmados os direitos fundamentais, não estando incluídos os direitos sociais, devido ao receio de a Alemanha não conseguir fomentá-los por questões financeiras. Não obstante, a sua existência tem sido reconhecida pelo Tribunal Constitucional com base na cláusula do Estado Social, aliada à eficácia irradiante dos direitos fundamentais e à teoria dos deveres de proteção.³¹

Os crimes em massa cometidos sob o regime nazista e os massacres da Segunda Guerra Mundial fizeram não só a Alemanha, como também o continente da Europa ocidental terem uma consciência da importância da dignidade da pessoa humana.

A Constituição adotou uma forma de Estado Federal, estando o país com quinze Estados, sendo duas Cidades-Estados – Berlim e Hamburgo. A forma e o sistema de governo são os da República Parlamentar, mantendo-se o exercício do poder político em três funções, a saber: Legislativa (Parlamento Federal e Conselho Federal), Executiva (Presidente da República e Governo Federal) e Judiciária, independente e submetida apenas ao Direito.

O controle da constitucionalidade é exercido de forma concentrada pelo Tribunal Constitucional Federal (artigo 92). As principais competências do Tribunal Constitucional Federal Alemão são: o controle abstrato de constitucionalidade, no qual há a discussão da lei em tese; o controle

²⁹ Barroso, Luís Roberto, obra citada, p.58

³⁰ Barroso, Luís Roberto, obra citada, p. 59.

³¹ Barroso, Luís Roberto, obra citada, p. 60.

concentrado de constitucionalidade, o que significa que só o Tribunal Constitucional tem legitimidade para decidir se uma lei é ou não constitucional, não cabendo a nenhum outro magistrado decidir quanto a essa questão; e o julgamento da queixa constitucional, notadamente nas questões envolvendo violação a direitos fundamentais.

CAPÍTULO III: A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição americana de 1787 e a francesa de 1791 deram origem a dois modelos de constitucionalismo bastante diferentes. No modelo francês, que se irradiou pela Europa Continental, a Constituição tinha uma dimensão essencialmente política, não comportando aplicação direta e imediata pelo Poder Judiciário. O grande princípio era da supremacia do Parlamento e as leis não eram passíveis de controle de constitucionalidade.

Já o constitucionalismo americano caracterizou-se pelo reconhecimento de uma dimensão jurídica à Constituição, tendo como *leading case* *Marbury v. Madison*, julgado em 1803. No constitucionalismo americano, desde o início foi reconhecida a supremacia da Constituição, com sua aplicação direta e imediata a todos os órgãos do Poder Judiciário. Nesse modelo, juízes e tribunais, e especialmente a Suprema Corte, podiam exercer o controle da constitucionalidade e, conseqüentemente, deixar de aplicar as normas que apresentassem incompatibilidade com a Constituição.

A democracia moderna, reinventada quase ao mesmo tempo na América do Norte e na França, foi a fórmula política encontrada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais estamentos do *ancien regime* – o clero e a nobreza – e tornar o governo responsável perante a classe burguesa. O espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável. A democracia moderna surgiu como movimento de limitação geral dos poderes governamentais, sem qualquer preocupação de defesa da maioria pobre contra a minoria rica.¹

No século XIX nos Estados Unidos, com a Declaração de Independência constrói-se a ideia da supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais.

¹ Comparato, Fabio Konder, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, obra citada, p. 50.

No continente europeu, a ideia da supremacia da Constituição vai se fortalecendo e contrapondo-se às reflexões desenvolvidas por Lassalle, de que a Constituição se equipara apenas a um pedaço de papel.² Esforça-se Konrad Hesse, já no século XIX na Alemanha, por demonstrar a força normativa da Constituição.

Sustenta esse eminente professor que a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).³

A Constituição normativa vai ter sua existência posta à prova nos tempos de crise, nas situações de emergência. Nessas hipóteses, segundo Carl Schmitt, o estado de necessidade configura ponto essencial para a

² “Onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia, menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.” Lassalle, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 9^a. ed. Prefácio e organização de Aurélio Wander Bastos; epílogo de Rosalina Corrêa de Araújo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016, p. 39.

Para Lassalle, a Constituição é a soma dos fatores reais do poder que regem esse país. Segundo o líder socialista alemão, a esses fatores de poder se dá expressão escrita, que os transforma em algo mais que um mero poder: eles convertem-se em direito, em disposições legais. Mas esta “Constituição jurídica” de nada serve se o que se escreve em uma “folha de papel” não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos de poder, que ele chama de “Constituição real”. Por essa razão, para Ferdinand Lassalle, os problemas constitucionais não são, primariamente, problemas de direito, mas de poder. Lassalle, Ferdinand, *A Essência da Constituição*, p. 53 verso.

³ Hesse, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19.

caracterização da força normativa da Constituição. Importante, todavia, assegura Hesse, é que durante o período de necessidade se constate a superioridade da norma sobre circunstâncias fáticas.^{4 5}

Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável que efetivamente não permita o Estado ser atacado pelo arbítrio desmedido e disforme. A ordem constituída e legitimada pelos fatos assenta-se na consciência de que a ordem trazida na Constituição, para ser eficaz, necessita do concurso da vontade humana. A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa.^{6 7}

Depois das duas grandes guerras que assolaram o continente europeu, a miséria fez surgir uma consciência da necessidade do respeito à Constituição, como norma maior da Nação que deve ser seguida e respeitada. Ultrapassa-se, assim, a época das grandes codificações que marcaram o Estado de Direito para a busca do Estado Constitucional, no qual haja uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Nutre-se a consciência de que a sua força normativa ordena e conforma a realidade política e social.

⁴ Hesse, Konrad, obra citada, p. 25.

⁵ A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassale. Ela não se afigura “impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder”, tal como ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realisierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. Hesse, Konrad, obra citada, p. 25.

⁶ Hesse, Konrad, *A Força Normativa da Constituição*, obra citada, p. 19 e 20.

⁷ A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Hesse, Konrad, *A Força Normativa da Constituição*, obra citada, p. 24.

O mito da perfeição da lei tão acreditado no Estado Liberal, no qual se buscava a proteção da lei em face das intervenções do Estado, reflectindo uma postura política de verdadeira “santidade” da vontade do parlamento e uma inerente concepção positivista do Direito, viria a ser objecto, todavia, de uma progressiva erosão durante todo o século XX, isto por efeito de dois principais factores, quais sejam: a profunda evolução do significado e do valor da Constituição e a radical mudança do modelo do Estado.^{8 9}

A evolução do princípio da constitucionalidade, seja através do contributo da concepção normativista proveniente da escola de Viena ou da influência da jurisprudência norte-americana, determinou a clara noção de supremacia da Constituição e, envolvendo a subsequente ideia de subordinação hierárquico-normativa da lei, conduziu à institucionalização de mecanismos jurisdicionais de fiscalização da constitucionalidade das normas legais. A validade de todas as leis passou a estar sujeita ao controlo dos tribunais, revelando que a supremacia da lei nunca se pode manifestar fora do quadro material, procedimental ou orgânico fixado pela Constituição.¹⁰ Na

⁸ Otero, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. 2ª. reimpressão da edição de maio. Coimbra: Almedina, 2003, p. 154; Otero, Paulo. *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 154.

⁹ Na doutrina constitucional de inspiração positivista, que prevaleceu até às vésperas da Primeira Grande Guerra Mundial, imperava a dicotomia clássica do sim ou não, a alternativa “direito positivo” ou “programa”, sendo as disposições programáticas objeto de ironias e sarcasmos, evidenciando-se esta posição de menosprezo, conforme assinalou Carl Schmitt, até mesmo no vocabulário da época. Reporta-se esse constitucionalista ao rico repertório que inseria abundantes expressões de juízo negativo, como mero programa, proclamações, admoestações morais, declarações bem-intencionadas, manifestos, sentenças políticas, aforismos políticos, boas intenções etc., todas com o propósito de recusar eficácia e aplicabilidade àquelas proposições cuja presença no texto básico parecia emprestar colorido doutrinário às Constituições. Dizia ainda o abalizado comentador da Constituição de Weimar, nas considerações sobre o conteúdo e importância da segunda parte básica daquele documento, que a Teoria do Direito Público, trabalhando com semelhante dicotomia, colocara os direitos fundamentais nessa alternativa: duma parte, reduzidos a “meros programas”, juridicamente irrelevantes; de outra, sob a “ressalva de lei”, de que resultava tão somente a delimitação do princípio da legalidade da administração e da legalidade da aplicação das leis (Carl Schmitt, “Die Grundrechte und Grundpflichten des deutschen Volks”, in: *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, obra citada, pp. 577/585). Bonavides, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 32ª. ed, p. 249.

¹⁰ Otero, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. 2ª. reimpressão da edição de maio. Coimbra: Almedina, 2003, p. 154; Otero, Paulo. *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*. Coimbra, Almedina, 2010, p. 156.

França, jamais se admitiu o controle da constitucionalidade das leis nos moldes norte-americano ou continental europeu. Sob a Constituição de 1958, todavia, passou a existir um procedimento específico, prévio e preventivo, de verificação da conformidade dos atos legislativos com a Constituição, levado a efeito perante o Conselho Constitucional. A Reforma Constitucional promovida pela Lei Constitucional nº. 2008-724, de 23 de julho de 2008 (Lei de Modernização das Instituições da V República), inovou no controle de constitucionalidade exercido pelo Conselho Constitucional. De fato foi introduzida uma modalidade de fiscalização de constitucionalidade *a posteriori* – isto é, após a promulgação e vigência da lei – em moldes mais próximos aos dos tribunais constitucionais europeus.¹¹

O século XX veio produzir um desenvolvimento do sentido e do valor da Constituição que fez a lei perder a supremacia de uma divindade que havia adquirido durante o período liberal, e, por outro lado, impregnou a legalidade administrativa de uma dimensão constitucional que antes lhe era alheia.¹²

Assim, o estado de direito liberal evolui na direção do estado de direito constitucional, que pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos. A Constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia da Constituição.¹³

¹¹ Barroso, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5ª. ed. 2015, 3ª. tiragem 2016, São Paulo: Saraiva, pp. 55 e 57.

¹² Otero, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. 2ª. reimpressão da edição de maio. Coimbra: Almedina, 2003, p. 154; Otero, Paulo. *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 156.

¹³ Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, 7ª. ed., 20ª. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 245.

Nessa ordem de ideias, verifica-se que a força normativa da Constituição sugere a indispensabilidade de as leis infraconstitucionais seguirem o procedimento fixado na lei maior.

Sob o ponto de vista orgânico, formal e procedimental as leis não podem contrariar o princípio da constitucionalidade. A Constituição é, além disso, um parâmetro material intrínseco dos actos legislativos, motivo pelo qual só serão válidas as leis materialmente conformes com a Constituição. A proeminência ou supremacia da Constituição manifesta-se na proibição de leis de alteração constitucional, salvo as leis elaboradas nos termos previstos pela própria Constituição – artigos 161º. e 284º. a 289º. da CRP.¹⁴

O princípio da constitucionalidade exige também que todos os atos dos poderes públicos estejam alinhados ao que determina a Constituição, e nesse sentido, o constituinte expressou tal comando ao estabelecer, no artigo 3º. 2 da CRP, que o Estado se subordina à Constituição e funda-se na legalidade democrática. Até mesmo os atos políticos devem submeter-se aos parâmetros constitucionais e ao controle político constitucional, nos exatos termos do artigo 3º., 3 da CRP.

Também não se pode deixar de cumprir a Constituição por omissão de medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, pois assim estabeleceu o constituinte originário e por tal razão não pode ser postergada – artigo 283º.,1 da CRP.

O princípio da supremacia da Constituição exprime-se também através da chamada reserva de Constituição (*Verfassungsvorbehalt*). Em termos gerais, essa reserva de constituição significa que determinadas questões respeitantes ao estatuto jurídico do político não devem ser reguladas por leis ordinárias, mas sim pela Constituição. Esta reserva de Constituição articula-se com a liberdade de conformação do legislador, ou seja, um espaço de conformação atribuído ao legislador o que significa não ter querido a Constituição remeter para o órgão legiferante apenas tarefas de mera execução de normas constitucionais.¹⁵

¹⁴ *Ibidem*, pg. 246.

¹⁵ Canotilho, J. J. Gomes, obra citada, p. 247.

No âmbito dos direitos, liberdades e garantias, a reserva de Constituição significa que as restrições destes direitos devem ser feitas directamente pela Constituição ou através da lei, mediante autorização constitucional expressa e nos casos por ela previstos – artigo 18º. 2 da CRP.¹⁶

E dentro desse espírito de respeito à Constituição foi promulgada a Constituição da República Federal Alemã, após a Segunda Grande Guerra. Nessa Constituição estão afirmados os direitos fundamentais, mas não se incluem os direitos sociais. Não obstante, “tal tarefa foi realizada pelo Tribunal Constitucional Alemão, com base na cláusula do Estado Social, aliada à eficácia irradiante dos direitos fundamentais e à teoria dos deveres de proteção.”^{17 18}

¹⁶ Canotilho, J. J. Gomes, obra citada, p. 247.

¹⁷ Barroso, Luís Roberto, obra citada, p. 60.

¹⁸ Geralmente os operadores do direito recorrem à proteção da dignidade humana quando introduzem um novo direito. O Tribunal Constitucional Federal Alemão procedeu de modo semelhante na decisão de 9 de fevereiro de 2010, relativa à quantificação dos benefícios sociais decorrentes do Arbeitslosengeld II. Nessa oportunidade, a Corte extraiu do artigo 1º. da Lei Fundamental um direito fundamental a um mínimo existencial, o qual possibilita aos beneficiários (e a seus filhos) uma participação adequada na vida social, cultural e política da sociedade.

O Arbeitslosengeld II é um programa de garantia da renda mínima e de transferência de renda em vigor desde 1º. de janeiro de 2005, em função de modificações introduzidas no Programa de Auxílio Social de 1961. Constitui a Seguridade Social Básica Alemã, cujo princípio regente é garantir os pré-requisitos materiais mínimos para a existência física, como alimentação, moradia, vestuário, calefação àqueles que não conseguem atingir um patamar mínimo. Habermas, Jürgen, O Conceito de Dignidade Humana e a Utopia Realista dos Direitos Humanos, publicado na revista *Metaphilosophy*, vol. 41. n. 4, July 2010, p. 6.

CAPÍTULO IV: ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO – CONSTITUCIONAL

A palavra – *Rechtsstaat* –, isto é, Estado de direito, aparece no início do século XIX como uma dimensão da discutida “via especial” do constitucionalismo alemão... Inicialmente, o Estado de direito começou por ser caracterizado, em termos muito abstractos, como “Estado da Razão”, “Estado limitado em nome da autodeterminação da pessoa”. No final do século estabilizaram-se os traços jurídicos essenciais deste Estado: o Estado de Direito é um Estado Liberal de direito. Limita-se à defesa da ordem e da segurança pública. Nesse contexto, os direitos fundamentais liberais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos, mas do respeito a uma esfera de liberdade individual.¹

A lei, em seus contornos mais basilares, além de instrumento de organização do poder e da sociedade, é um mecanismo de garantia da liberdade. Somente com a observância, pelos detentores do poder, de um quadro normativo geral e abstrato, disposto de forma prévia e funcionalmente voltado à conformação da atividade estatal, tem-se a submissão do Estado ao Direito, daí surgindo o que os germânicos denominaram de Estado de Direito (*Rechtsstaat*).²

O Estado de Direito “desconfia de si mesmo”, teme o abuso de poder, procura limitar-se e demarcar as atribuições de seus órgãos; prescreve a forma, o lugar e o tempo dos atos processuais. Ensina Eberhard Schmidt que o sentido profundo e a justificação do formalismo processual estão na secular experiência dos abusos de autoridade e dos perigos de julgamentos sem formalidades. E acrescenta que a época da “Recepção” (do Direito Romano) e o século XIX (preparado por Montesquieu) conheceram o valor das formas protetoras (*schützender Formen*). E o processo penal

¹ Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed., 20ª. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010, p. 96 e 97.

² Sieyès, Abade, 1748-1836. *Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão*/ Abade Sieyès; organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015, Coleção Clássicos do Direito, vol. I, p. 31.

reformado (*reformierte Strafprozess*) substituiu o informalismo do procedimento, adotado no Estado de Polícia (*Formlosigkeit*), pelo formalismo do Estado de Direito, no qual a obrigatoriedade da obediência a formas predeterminadas deve oferecer o parolim de um objetivo isento de finalidades policiais (*in dem die Notwendigkeit der Formgebundenheit einem rücksichtslos polizeilichen Zwecken denParoli bieten soll*). E conclui suas considerações lembrando o quanto o mau do regime nazista levou o povo alemão a apreciar o formalismo judiciário.³

Já o Estado constitucional não é e nem deve ser apenas um Estado de direito...Ele necessita estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado Constitucional. O poder político deriva do “poder dos cidadãos”.⁴

O Estado constitucional é, pois, em primeiro lugar, o Estado com uma Constituição limitadora do poder por meio do império do direito, associado ao princípio da soberania popular, segundo o qual todo poder vem do povo, assegurando e garantindo com isso o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular, e um Estado onde há a divisão das funções, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O princípio da soberania popular, concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados, serve de “charneira” entre o “Estado de direito” e o “Estado de direito democrático”.⁵

O estado de direito é um estado constitucional. Pressupõe a existência de uma Constituição normativa estruturante de uma ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos. A Constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos

³ Tornaghi, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 77 e 78.

⁴ Canotilho, J. J. Gomes, obra citada, p. 97 e 98.

⁵ Canotilho, J. J. Gomes, obra citada, p.100.

medida e forma. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia da Constituição – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o “primado do direito” do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.⁶

O Estado de Direito é o verdadeiro alicerce do positivismo jurídico, estando funcionalmente comprometido com a norma, fonte primária de sua existência e de todos os atos estatais. No entanto, ao referencial jurídico-formal, deve ser acrescido o elemento aglutinador dos valores e das aspirações que emanam do grupamento, o que é reflexo da identificação do real detentor do poder: o povo. Com isso, agregam-se ao aspecto legal os valores que o antecedem e direcionam, ensejando o surgimento do Estado Democrático de Direito.⁷

O Estado de Direito democrático, além de ser um Estado pluralista, é também um Estado de juridicidade ou Estado de Direito material: o Poder encontra-se sujeito a regras e princípios jurídicos que excluem a prepotência, o arbítrio e a injustiça.⁸

O Estado não está sujeito apenas à lei que cria – identificada pela Constituição como “legalidade democrática” –, seja porque o pluralismo envolve uma concepção plural das fontes voluntárias (internas e internacionais) da ordem jurídica, seja porque o Estado de Direito material se afasta do positivismo legalista, apelando a valores e princípios que transcendem o Poder Público e o limitam.⁹

A ideia é que o Estado de Direito democrático para ser democrático é um Estado de Direito. Mas não só isso. Ele está vinculado a princípios jurídicos fundamentais que transcendem o Poder público e o limitam. A juridicidade identifica-se, deste modo, com o Direito: o Estado de juridicidade, encontrando-se vinculado à ideia de Direito justo que lhe é

⁶ Canotilho, J. J. Gomes, obra citada, pp. 245 e 246.

⁷ Sieyès, Abade, obra citada, p. 32.

⁸ Otero, Paulo. *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, p. 75.

⁹ Otero, Paulo. *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 75.

superior, anterior e indisponível, reconhece que existem princípios jurídicos fundamentais que, independentemente de estarem positivados, vinculam o legislador (constituente e ordinário), os órgãos administrativos e os tribunais.¹⁰

A própria Constituição formal está sempre subordinada a uma ordem de princípios fundamentais resultantes da “consciência jurídica geral” em torno da dignidade da pessoa humana e da inerente ideia de um Direito justo, encontrando-se aqui a fonte de heterovinculação axiológica do próprio legislador constituinte e o referencial último de densificação material de uma metodologia de enquadramento político-constitucional das fontes do Direito, circunstância que determina a susceptibilidade de se formar um juízo sobre a validade do conteúdo das próprias normas constitucionais e, neste sentido, abrir-se um problema de inconstitucionalidade de normas da Constituição formal.^{11 12}

O Estado de Direito material se funde no dever de respeitar a vida humana e uma existência digna, devendo o ser humano ser tratado como “um fim em si mesmo, sujeito e autor da História e nunca seu objeto”.¹³

O artigo 1º. da CRP estabelece que Portugal é uma República baseada na dignidade da pessoa humana. Temos então como parâmetro de todo o ordenamento jurídico o homem e sua dignidade, figurando como metaprincípio do estado de direito a dignidade da pessoa humana, ou seja,

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ Otero, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. 2ª. reimpressão da edição de maio. Coimbra: Almedina, 2003, p. 24.

¹² O fundamento da ordem jurídica, se é certo que encontra sempre na Constituição formal uma síntese axiológica-teleológica reveladora da ideia de Direito vigente numa determinada comunidade, a verdade é que essa síntese traduz apenas uma presunção de referenciais de um Direito justo, nunca excluindo o apelo a uma dimensão de princípios fundamentais e valores suprapositivos revelados pela “consciência jurídica geral” e decorrentes da centralidade da pessoa humana e da sua inalienável dignidade como razão de ser da sociedade, do Estado e do Direito. Otero, Paulo. *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. 2ª. reimpressão, maio 2003, Coimbra: Almedina, pp. 24 e 25.

Nesse sentido, podemos afirmar que o Estado não está sujeito apenas à Constituição mas, também, à “consciência jurídica geral”, “fazendo da natureza sagrada e inalienável da dignidade de cada pessoa humana viva e concreta o cerne da ideia de Direito justo”. Otero, Paulo. *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 76.

¹³ Otero, Paulo. *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 76.

um Estado onde o ser humano é o seu fim último. A dignidade humana constitui, por assim dizer, o portal através do qual o conteúdo igualitário e universalista da moral é importado para o direito. A noção de dignidade humana constitui a charneira conceitual que liga a moral do igual respeito por todos ao direito positivo e à legislação democrática, de modo que a sua conjugação permita, em condições históricas favoráveis, o surgimento de uma ordem política baseada na dignidade humana.¹⁴

O conceito de dignidade humana transfere o conteúdo de uma moral de igual respeito por todos para uma ordem baseada no estatuto de cidadãos que obtêm a sua autoestima do facto de serem reconhecidos por todos os outros cidadãos como sujeitos de direitos iguais e exigíveis.¹⁵

Em verdade existe uma “consciência jurídica geral” que subordina o próprio texto constitucional e determina que o Estado de direito material tenha como base o respeito e o dever de proteção do ser humano; que o fim último do Estado seja a vida humana de forma digna, o livre desenvolvimento da personalidade do ser humano; a proibição de todas as discriminações no tratamento das pessoas e o direito de recusar cometer uma injustiça e de negar participar na prática de uma injustiça, traduzindo-se num direito fundamental.¹⁶

Todos os postulados estruturantes do estado de direito expostos acima, e que são a base de uma consciência jurídica geral, se chocam com o totalitarismo e a tirania, os quais se caracterizam pela “ausência de qualquer respeito pela dignidade da pessoa humana, isto ante a supremacia absoluta de um poder que nem sequer reconhece a todo o indivíduo a qualidade de pessoa; pela inexistência do pluralismo político e combate a todas as formas de dissidência, observando-se uma total irrelevância da vontade da colectividade na legitimação dos titulares do poder; e pela completa arbitrariedade no exercício do poder em termos fulanizados e concentrados,

¹⁴ Habermas, Jürgen, obra citada, p.37.

¹⁵ Habermas, Jürgen, obra citada, p. 43.

¹⁶ Otero, Paulo. *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 76 e 77.

verificando-se que a vontade do líder é a única lei, inexistindo qualquer subordinação do poder político a princípios ou a valores superiores”.¹⁷

Nota-se, pois, que o Estado de Direito material não está subordinado nem à lei positiva, nem ao Parlamento ou à Constituição, na hipótese de que haja um afastamento ou interrupção da consciência jurídica geral, que é a base do respeito à dignidade do ser humano.

A soberania popular também está limitada de forma imperativa pelo respeito à dignidade da pessoa humana: não há maiorias, unanimidades ou consensos eleitorais, referendários ou parlamentares que derroguem validamente o sentido último da ideia do Direito – esse é também o sentido do artigo 1º. da Constituição ao conferir precedência e prevalência à dignidade humana sobre a vontade popular¹⁸.

Em verdade, a “dignidade da pessoa humana” é um sismógrafo que indica o que é constitutivo de uma ordem jurídica democrática – isto é, precisamente os direitos que os cidadãos de uma comunidade política têm de se conceder a si mesmos, para que possam respeitar-se reciprocamente enquanto membros de uma associação voluntária de pessoas livres e iguais. Só a garantia destes direitos humanos confere o estatuto de cidadãos que, enquanto sujeitos de direitos iguais, têm direito de ser respeitados na sua dignidade humana.¹⁹

Com efeito, o princípio maioritário nunca se pode transformar de simples critério decisório em efectivo critério de verdade: a maioria ou mesmo a unanimidade de um parlamento, tal como a vontade da maioria dos membros da sociedade expressa por referendo, nunca pode tornar legítimo aquilo que por natureza é ilegítimo, tal como não pode transformar em certo o que é em si mesmo errado.²⁰ Como exemplo, podemos citar os crimes

¹⁷ Otero, Paulo. *A Democracia Totalitária – Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*. São João do Estoril: Principia, Publicações Universitárias e Científicas, 2001, pp. 71/72.

¹⁸ Otero, Paulo. *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 77.

¹⁹ Habermas, Jürgen, obra citada, p. 37.

²⁰ Otero, Paulo. *A Democracia Totalitária – Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*. São João do Estoril: Principia, Publicações Universitárias e Científicas, 2001, p. 171.

hediondos praticados contra a humanidade pelo governo nazista, apesar de Hitler ter sido eleito pelo voto da maioria.

Assim, se uma democracia refém da vontade da maioria se torna um possível instrumento formalmente legitimador de leis que desprezam o valor sagrado da vida humana, implementando por esta via um Estado Totalitário, a verdade é que o princípio maioritário e a própria democracia têm de ter o seu espaço de validade subordinado a uma relação de conformidade a valores fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana: “o valor da democracia vive ou morre nos valores que ela encarna e promove”.²¹

Neste viés, mesmo que a lei seja formalmente constitucional a consagrar normas iníquas resultantes da vontade da maioria da sociedade, enquanto normas atentatórias da dignidade humana e dos direitos intangíveis e inalienáveis de cada ser humano vivo e concreto, a verdade é que estaremos sempre diante de “normas constitucionais inconstitucionais”, normas relativamente às quais ninguém em consciência deve qualquer obediência, antes delas podendo extrair-se delas um dever geral de desobediência.²²

Como ensina Bentham, em sua obra *Tratado das Provas Judiciárias*, “a finalidade das leis é propiciar a felicidade”.²³ Carrara proclama que “a justiça consiste na conformidade dos atos humanos à lei jurídica, isto é, aquela emanção da lei moral que regula as ações exteriores do homem nas relações com os outros homens”.²⁴ No respeito à Constituição e à Lei está o segredo da paz social, da harmonia da vida em sociedade. Por isso o Estado deve ter o compromisso de produzir uma lei boa. “Boa é a lei quando o direito que ela confere a um não tem como preço o sacrifício dos legítimos interesses do outro, e quando o peso do dever imposto apresenta a

²¹ Otero, Paulo. *A Democracia Totalitária – Do Estado totalitário à Sociedade Totalitária. A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*. São João do Estoril: Principia, Publicações Universitárias e Científicas, 2001, pp.173/174.

²² Otero, Paulo, *A Democracia Totalitária – Do Estado totalitário à Sociedade Totalitária. A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*. São João do Estoril: Principia, Publicações Universitárias e Científicas, 2001 pp. 174/175.

²³ *Apud* Tornaghi, Helio. *Instituições de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 67.

²⁴ *Ibidem*.

contrapartida de uma vantagem”²⁵. Uma lei que conferisse direitos a alguém com o holocausto de outrem feriria a dignidade humana, princípio fundamental do estado de direito democrático, e portanto seria inválida. As leis cruéis, como, por exemplo, a legislação que permitia a escravidão, o holocausto, “já fizeram a humanidade chorar rios caudalosos e desatar em pranto convulso.”²⁶

Em outros termos, a consciência jurídica geral está vinculada ao justo, a todo o acervo moral e ético que o ser humano tem dentro de si, à consciência nata de cada cidadão. A lei não pode afastar-se do justo, tem que trazer em si e por si a defesa do justo.

O poder se encontra submetido a regras e a princípios jurídicos que excluem a prepotência, o arbítrio e a injustiça.²⁷

Acentue-se que o Estado não está sujeito apenas à lei que cria, seja porque o pluralismo envolve uma concepção plural da ordem jurídica, seja porque o Estado de Direito material se afasta do positivismo, apelando para valores e princípios que transcendem o poder público e o limitam – “o princípio da legalidade cede perante o princípio da juridicidade”. O Estado de juridicidade está, por isso mesmo, vinculado à ideia de direito justo que lhe é superior, anterior e indisponível. Existem princípios jurídicos fundamentais que, independentemente de estarem positivados, vinculam o legislador, inclusive o legislador constituinte.²⁸

²⁵ Tornaghi, Helio, obra citada, p.68

²⁶ Tornaghi, Helio, obra citada, p. 69.

²⁷ Dentro desse contexto é importante registrar a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, que no dia 4 de julho de 2018 condenou o Estado brasileiro pela morte do jornalista Vladimir Herzog, em 1975, durante a ditadura militar no Brasil. A Corte Internacional reconheceu o assassinato do jornalista um crime contra a Humanidade. A CIDH considerou na sentença que o Estado é responsável pela falta de investigação, de julgamento e de punição dos responsáveis pela tortura e assassinato do jornalista. Somente em 2012 a Justiça de São Paulo determinou a retificação do atestado de óbito do jornalista, permitindo assim que o motivo da morte, inicialmente fixado como “asfixia mecânica” (suicídio), fosse registrado como morte que decorreu de lesões corporais e maus-tratos sofridos na dependência do II Exército de São Paulo (DOI-CODI). Matéria publicada no jornal *O Globo*, 2ª. edição, dia 5/7/2018.

²⁸ Otero, Paulo. *O Poder de Substituição em Direito Administrativo – Enquadramento Dogmático-Constitucional* – Dissertação de Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Lex, vol. II, 1995, pp. 551 e 552.

O direito que informa a juridicidade estatal aponta para a ideia de justiça. O **Estado de Justiça** é aquele em que se observam e protegem os direitos (*rights*) incluindo os direitos das minorias (Dworkin). Estado de Justiça é também aquele em que há equidade (*fairnes*) na distribuição de direitos e deveres fundamentais e na determinação da divisão de benefícios da cooperação em sociedade (Rawls). Estado de Justiça considerar-se-á ainda o “estado social de justiça” (justiça social) em que existem igualdade de distribuição de bens e igualdade de oportunidades (Marx). Embora a ideia de justiça compreenda diversas esferas, nela está sempre presente (embora com ela não se identifique) uma ideia de igualdade: “direito a ser considerado igual” (Rawls), “direito a ser titular de igual respeito e consideração” (Dworkin), “direito a iguais atribuições na comunicação política” (Ackerman, Habermas), “direito a ser tratado igualmente pela lei e órgãos aplicadores da lei”. A lei justa fará, assim, parte da própria ideia de direito (Radbruch), e esta se concretizará através de princípios jurídicos materiais cujo denominador comum se reconduz à afirmação e ao respeito da dignidade da pessoa humana, à proteção da liberdade, ao desenvolvimento da personalidade e à realização da igualdade (cf. Ac TC 132/91).²⁹

A subordinação do Estado de Direito material ou Estado de juridicidade à ordem de valores expressa pela “consciência jurídica geral” e normativamente materializada nos princípios jurídicos fundamentais determina dois principais efeitos, a saber: a invalidade de todo Direito positivo que se encontra em desarmonia com a ordem axiológica suprapositiva, desde as normas constitucionais até as regulamentares, sem esquecer as leis, todo o Direito positivo produzido pelo Poder político, desde que não sejam axiologicamente neutro em termos de justiça, encontra o seu referencial de validade na “consciência jurídica geral”; e, ainda, a prevalência hierárquico-normativa das fontes heterovinculativas do Poder perante as fontes normativas que manifestam uma autovinculação reconduzível ao conceito constitucional de “legalidade democrática”: a vontade jurídica do

²⁹ Canotilho, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 245.

Poder encontra limites axiológicos alheios ao princípio democrático e ao jogo das forças resultantes do princípio maioritário ou da soberania popular.³⁰

Ressalto que a exacerbação do positivismo, fazendo da vontade popular expressa pelo princípio maioritário o fundamento legitimador da onipotência de um modelo de sociedade política baseada na centralidade da lei, poderá revelar-se em situações extremas; todavia, é atentatória da própria democracia: o totalitarismo surge como verdadeiro “fruto maduro” de um processo que conduziu o Estado de Direito formal a converter-se num Estado de não-direito.³¹

Com efeito, o princípio maioritário nunca se pode transformar de simples critério decisório em efectivo critério de verdade: a maioria ou mesmo a unanimidade de um parlamento, tal como a vontade da maioria dos membros da sociedade expressa por referendo, nunca pode tornar legítimo aquilo que por natureza é ilegítimo, tal como não pode transformar em certo o que é em si mesmo errado.³²

E é nesse caldo que a Constituição Portuguesa reconhece a legitimidade dos cidadãos a não cumprirem o Direito inválido, garantindo-se, com isso, um genuíno Estado de juridicidade: “é que não existe verdadeiro Estado de Direito material sem o reconhecimento de uma “competência privada” ou autotutela privada que, apesar de assumir sempre a natureza de *ultimum remedium*, funcione como travão às verdadeiras “manifestações do <<torto>> e não do direito””.³³

Com isso podemos concluir que o Estado de Direito estabelece como regra geral a subordinação dos Poderes que integram o Estado à juridicidade, limitando o agir de todas as estruturas decisórias públicas.³⁴

³⁰ Otero, Paulo, *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*, p. 80.

³¹ Otero, Paulo, *A Democracia Totalitária – Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*, p. 171.

³² *Ibidem*.

³³ Otero, Paulo, *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*, p. 83.

³⁴ Tudo aquilo que serve para limitar o Poder, retirando-lhe arbitrariedade e onipotência, se deve incluir no âmbito do princípio do Estado de Direito: O Estado de Direito configura-se como verdadeira cláusula geral que, assumindo uma natureza residual, alberga todo tipo de

O princípio do Estado de Direito, enquanto cláusula geral e residual de combate à tirania, à prepotência, ao arbítrio e à limitação do Poder, traz em si diversos corolários axiológicos, dos quais, conforme o desenvolvimento deste trabalho, saliento a Tutela da Segurança e a Proteção da Confiança.

O princípio fundamental do Estado de Direito democrático não é o de que o que a Constituição não proíbe é permitido, mas, sim, o de que os órgãos do Estado só têm competência para fazer aquilo que a Constituição lhes permite, nos termos do artigo 111^o. 2 da CRP.³⁵

limitações jurídicas ao Poder. Otero, Paulo, *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*, p. 85.

³⁵ Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 247.

CAPÍTULO V: SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA

O mundo moderno coloca o Direito diante da necessidade de restabelecer a Ordem, a Segurança e a Paz, sem arranhar a Justiça, sem violar direitos fundamentais da pessoa humana, sem transformá-la num robô produzido pela técnica, mas, ao contrário, encarando-a na plenitude de sua personalidade. Fora da regulamentação da vida em sociedade, que é o Direito, não há segurança nem justiça.¹

Segundo Hernández, a segurança compreende uma ordem eficaz e justa. A segurança supõe a justiça. Portanto, lógica e racionalmente não pode haver antinomias entre os critérios da segurança, e da justiça e os do bem comum. Estão todos ordenados numa hierarquia em que a segurança é o valor menor; o bem comum, o mais geral, e a justiça exerce função vinculatoria: uma ordem legal eficaz e justa é um bem comum, e o bem comum implica necessariamente relações justas e seguras entre os membros de uma sociedade.²

Na conciliação entre a segurança e a justiça está o remédio para inúmeras perplexidades tradicionais. A questão de saber se o juiz deve ficar submisso à lei ou se deve ter liberdade (direito livre) resolve-se em saber qual das duas deve primar: a segurança (que é maior quando o juiz se prende à lei) ou a justiça (que pode ser aprimorada pela equidade).³ Na verdade, a história da humanidade já mostrou que o homem sozinho é impotente para defender-se das agressões à liberdade e aos direitos fundamentais.

Se duas pessoas pretendiam o mesmo bem (material ou imaterial), surgia entre elas um conflito de interesses. O modo primitivo de resolver os contrastes deve ter sido o emprego da força, solução puramente física que não enseja a paz e que, portanto, torna impossível a coexistência harmônica,

¹ Tornaghi, Helio. *Instituições de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 9.

² *Apud* Tornaghi, Helio, obra citada, pp. 72/73.

³ Tornaghi, Helio, obra citada, p. 73

a vida em consonância, a segurança, a tranqüilidade e a ordem. Por isso o homem, muito cedo, recorreu a uma forma de solução transacional, econômica, utilitária, pelo menos para aqueles casos em que a generosidade superlativa de qualquer das partes em conflito não levasse a uma solução caritativa, consistente na renúncia, na disposição do próprio interesse. Qualquer desses três tipos de desenlace, físico, econômico ou moral, nem sempre assegura a justiça. Daí a necessidade de confiar a um terceiro, alguém fora do conflito, a tarefa de dirimi-lo. Surgiu assim o arbitramento, e com ele a figura do árbitro (*arbiter*). Por vezes, ao se formar a relação jurídica, antes, pois, de qualquer litígio, as partes incumbiam, também, a outrem a função de completá-lo. A figura que então aparecia era do arbitrador (*arbitrator*). Em certas ocasiões, o próprio Estado, sobrepondo a necessidade de paz ao interesse de fazer justiça, permitia ou até ordenava a transação.⁴

É fácil compreender, entretanto, que essas maneiras de solucionar conflitos são precárias, e não pode o Estado cumprir a própria missão desde o momento em que elas falham. Todas são líricas, anódinas, quando desrespeitadas. A simples solução teórica dos antagonismos, ainda quando perfeitamente justa, será inócua se não for imposta coativamente. Por isso o Estado, fiador da segurança comum, chamou a si a função de declarar e impor o Direito, isto é, a Jurisdição. Mas, como contrapartida, deu ao súdito o poder de exigir dele, Estado, que faça justiça. Com isso impede a ação direta contra o ofensor e a colocação do acusado fora da proteção jurídica. Em outras palavras, reconheceu-lhe o direito de ação, direito subjetivo público, direito de cidadão, cujo correlativo deve pertencer ao próprio Estado. Com isso impede a ação direta contra o ofensor e a colocação do acusado fora da proteção jurídica. O *sacer* esse, do Direito Romano, já não é possível. Não há lugar para o *sacer homo*, para o *Wolfmensch*, o *lobisomem* dos germanos, o *out-law*, no primitivo sentido, o proscrito.⁵ E assim, impondo-se o Estado

⁴ Tornaghi, Helio, *Instituições de Processo Penal*, p. 79.

⁵ *Homo sacer*: aquele que, por haver praticado ato nefasto, era amaldiçoado. Quase todos os autores sustentam que o *Sacer homo* perdia a proteção do Direito, era abandonado à própria sorte e podia até ser morto por qualquer pessoa. O mesmo ocorria entre os germanos. O profanador privado da paz (*Friedens-loss*) embrenhava-se pelas florestas para escapar ao castigo. Quando aparecia esquelético, barbado, tinha o aspecto de lobo (*Wolf*), donde o nome de *Wolfmensch* (homem lobo ou lobisomen). Alguns estudiosos sustentam que a denominação provém de o criminoso ser rebaixado à condição animal e que, por ser daninho,

como solucionador de conflitos, surge a figura do juiz, órgão dele que formula a regra para a solução das contendas.⁶ A jurisdição passa a exercer um papel frenador da liberdade e repressor do abuso.⁷

O Estado de Direito assenta-se na estabilidade da ordem jurídica, que compreende a permanência do arcabouço legal, de forma a afastar a instabilidade normativa que gera prejuízo à paz social, trazendo ainda uma luta entre a “nova maioria e a velha maioria”, lesando posições jurídicas subjetivas, pondo em xeque os valores da confiança e da segurança.

A boa lei deve objetivar conciliar a necessidade de segurança com as exigências da Justiça. Sem a Segurança a ordem social não pode subsistir e a sociedade padece, tornando-se difícil a coexistência dos homens. Sem a Justiça, os homens podem conviver, mas sendo esse convívio mantido pela força e não ocorrendo a proporcional e legítima distribuição dos bens da vida e o respeito que deve tocar a cada um, não haverá harmonia, estabelecer-se-á o desequilíbrio, o que acabará por comprometer a própria segurança e com ela a concórdia e a convivência pacífica. Não existe justiça nem muito menos Segurança fora dessa regulação da vida em sociedade que é o Direito. Onde há desordem não há justiça. Sem ordem e segurança, a Justiça não prospera e termina por sucumbir. “Assim, a humanidade vai, passo a passo, aprimorando os costumes e lapidando o Direito, cada vez mais firmado na segurança e impregnado de justiça”.⁸

A segurança serve de pressuposto de garantia da própria justiça e da liberdade inerentes a um Estado de Direito, uma vez que sem segurança a liberdade será ilusória e a justiça precária.⁹

Não obstante todo princípio do Estado de Direito ser dominado pela ideia de limitação do Poder, a verdade é que, talvez por isso mesmo, todo Estado de Direito próprio de um modelo democrático, uma vez que

devia ser morto (Brunner-Schwerin, *Historia del Derecho Germánico*, pág. 22). Tornaghi, Helio, *Instituições de Processo Penal*, p. 80.

⁶ Tornaghi, Helio, *Instituições de Processo Penal*, pp. 79; 80 e 81.

⁷ Tornaghi, Helio, *Instituições de Processo Penal*, p. 82.

⁸ Tornaghi, Helio, *Instituições de Processo Penal*, p.71.

⁹ Otero, Paulo. *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*, p. 87.

rejeita a infalibilidade e a onipotência, acolhendo antes a abertura a novas ideias e estando sempre pronto a discutir os problemas, assenta num princípio geral de reversibilidade ou revogabilidade das suas decisões: O Estado de Direito não conhece decisões normativas imodificáveis.¹⁰

A reversibilidade das decisões de um Estado de Direito democrático nunca pode colocar em causa, todavia, a tutela da segurança jurídica e a protecção da confiança das pessoas: a estabilidade de soluções decisórias e a inerente previsibilidade de condutas são valores essenciais de um Estado de Direito.¹¹

A possibilidade de se reexaminarem os atos normativos de um Estado de Direito é sem dúvida uma abordagem intrinsecamente democrática, abrindo a possibilidade de se discutirem novamente as decisões não só administrativas, como também legislativas e judiciais, conjugando assim a margem de liberdade do legislador/administrador e o princípio majoritário. O controle de constitucionalidade dos atos normativos, tanto incidental quanto em ação direta de inconstitucionalidade, é um instrumento típico de um estado de direito democrático.

Até mesmo a vontade do cidadão/eleitor quando se manifesta em um referendo pode ser alterada ou questionada por um outro referendo.

Também num processo judicial, a possibilidade de recurso das decisões proferidas monocraticamente pelos magistrados e pelo colegiado nos Tribunais superiores traz consigo a ideia de se devolver à discussão o objeto do recurso, de forma a permitir o reexame por outros membros da Corte.

A irreversibilidade de quaisquer decisões normativas torna-se, no sentido em que exclui a renovação ou a atualização da vontade popular constitutiva da ordem jurídica, um atentado ao Estado de Direito democrático, enquanto modelo constitucional fundamentador de uma “legalidade democrática”.¹²

¹⁰ Otero, Paulo, *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*, pp. 85/86.

¹¹ Otero, Paulo, *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*, p. 87.

¹² Otero, Paulo, *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*, p. 86.

Não obstante, a reversibilidade decisória própria do Estado de Direito não é ilimitada. O Estado de Direito tutela também valores que, tendo de se conjugar com a margem de liberdade conformadora do legislador e da Administração Pública, condicionam a amplitude da mutabilidade intencional das soluções normativas: a tutela da segurança jurídica e a proteção da confiança das pessoas são dois limites que, decorrendo ainda do próprio Estado de Direito, limitam a margem de reversibilidade decisória.¹³

¹³ Otero, Paulo, *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*, p. 87.

CAPÍTULO VI: TUTELA DA SEGURANÇA E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Mesmo que a Constituição não institua expressamente um princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, ele é, seguramente, um princípio essencial na constituição material do Estado de Direito, imprescindível como é, aos particulares, para a necessária estabilidade, autonomia e segurança na organização dos seus próprios planos de vida. De resto, a luta pela Constituição e pelo Estado de Direito era também, desde os primórdios das revoluções liberais, uma luta pela segurança jurídica, no sentido de um projeto de organização racional do Estado e da sua actuação que mantivesse a esfera dos particulares, nomeadamente no domínio da sua actividade económica, ao abrigo das arbitrariedades típicas de um exercício ilimitado dos poderes de autoridade que caracterizava o Estado absoluto.¹

Não obstante, é pacificamente dedutível do artigo 2º. da CRP o princípio da segurança jurídica. Tal princípio projecta exigências diferenciadas dirigidas ao Estado, que vão desde as mais genéricas de previsibilidade e calculabilidade da actuação estatal, de clareza e densidade normativa das regras jurídicas e de publicidade e transparência dos actos dos poderes públicos, designadamente os susceptíveis de afectarem negativamente os particulares, até às mais específicas de observância dos seus direitos, expectativas e interesses legítimos e dignos de protecção.²

A protecção da confiança dos cidadãos relativamente à acção dos órgãos do Estado é um elemento essencial, não apenas da segurança da ordem jurídica, mas também da própria estruturação do relacionamento entre Estado e cidadãos em Estado de Direito. Sem a possibilidade, juridicamente garantida, de poder calcular e prever os possíveis desenvolvimentos da

¹ Novais, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. 1ª. ed., reimpressão. Coimbra: Ed. Coimbra, fevereiro de 2014, p. 261.

² Novais, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, p. 261.

actuação dos poderes públicos susceptíveis de repercutirem na sua esfera jurídica, o indivíduo se converteria, em última análise com a violação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em mero objecto do acontecer estatal.³ E isso vai de encontro ao Estado de Direitos Humanos, cujo fim é o indivíduo e em que o Estado existe para proporcionar uma ordem equacionada na liberdade humana e na justiça social.

O princípio da segurança jurídica aplica-se a todas as áreas de atuação do Estado, tanto no que se refere ao Estado-administração, Estado-Juiz e Estado-legislador, vinculando-os ao Estado de Direito democrático.

Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito –, enquanto a **protecção da confiança** se prende mais às componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante *qualquer acto de qualquer poder* – legislativo, executivo e judicial. O **princípio geral da segurança jurídica** em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm o direito de poder confiar em que os seus atos ou as decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas por esses atos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam aos efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. As refrações mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente a *actos normativos* – proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2)

³ *Ibidem*, pp. 261/262.

relativamente a actos jurisdicionais – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a *actos da administração* – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos.⁴

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Português considera que “o princípio da confiança garante inequivocadamente um mínimo de certeza e segurança das pessoas quanto aos direitos e expectativas legitimamente criadas no desenvolvimento das relações jurídico-privadas, podendo afirmar-se que, com base em tal princípio, não é consentida uma normação tal que afecte de forma inadmissível, intolerável, arbitrária ou desproporcionadamente onerosa aqueles mínimos de segurança que as pessoas, a comunidade e o direito têm que respeitar”.⁵

A tutela da segurança e a proteção da confiança impedem, num sentido mais amplo, que a liberdade conformadora do decisor normativo possa, segundo soluções de forma excessiva, inadmissível ou intolerável, desde que injustiçadas ou arbitrárias, lesar as expectativas legítimas que os particulares depositavam na continuidade da Ordem Jurídica e na previsibilidade do seu devir.⁶

A tutela da segurança e a proteção da confiança exigem, por parte dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o respeito e a submissão aos princípios constitucionais. “Em verdade, o Estado de Direito “desconfia de si mesmo”, teme o abuso de poder, procura limitar-se e demarcar as atribuições de seus órgãos, prescreve a forma, o tempo e o lugar dos atos processuais”.⁷

Max Ernest Mayer adverte: Como se ordenaria a vida se faltasse o sucedâneo da justiça e, em seu lugar, o cetro passasse à justiça pura, livre de toda vinculação normativa? Onde se encontrariam os homens que pudessem assumir o encargo de emitir juízos justos? E que segurança

⁴ Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 257.

⁵ Otero, Paulo, *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*, p. 88; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º. 363/92, de 11 de dezembro de 1992, relativo ao processo n.º. 91-0283.

⁶ Otero, Paulo, *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*, p. 88.

⁷ Tornaghi, Helio, *Instituições de Processo Penal*, vol. 1, p. 77.

haveria de que esses juízos assim emitidos fossem reconhecidos como justos pelos interessados e pela coletividade? Como se organizariam o comércio e a indústria se não estivesse previamente determinado que interesses o Estado aceita e quais outro repudia? Seria o caos!⁸

O Poder Judiciário, assim como o Legislativo e o Executivo estão submetidos ao Estado de Direito, sendo a tarefa de julgar uma atividade vinculada à Constituição e à Lei.

A Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 202, estabelece que os tribunais são os órgãos “com competência para administrar a justiça em nome do povo”.

A sociedade precisa de segurança jurídica, valor básico do Estado de Direito, haja vista que toda insegurança jurídica é injusta. Por isso, as funções do Judiciário e dos demais poderes devem ser desempenhadas com impessoalidade. É do equilíbrio, da racionalidade, coerência e previsibilidade do sistema constitucional e infraconstitucional, que a nação depende para ter segurança jurídica.

É dever constitucional do Juiz manter-se distante de disputas político-partidárias e das paixões que lhes são próprias, preservando sua isenção e capacidade de julgar com imparcialidade e sem vinculação de qualquer natureza. Juiz de qualquer órgão judicial submete-se à Constituição e à Lei. A jurisprudência, definida pelos tribunais, confere coerência e confiabilidade à Justiça.

Sem lei, a Justiça seria apenas uma ideia ou um ideal. A segurança jurídica é a certeza que se tem de atos, coisas e situações na incerteza da vida. O acatamento à lei dá a segurança de que precisa o cidadão. Na resposta judicial serena, impessoal e imparcial para a solução do conflito repousa a confiança no direito e no Judiciário.

A tutela da segurança exige o devido processo legal, que consiste em saber quem julga, como se julga e qual o rito a ser seguido.⁹ Lembra

⁸ *Apud* Tornaghi, Helio, *Instituições de Processo Penal*, vol. 1, p. 77.

⁹ No Brasil, a questão envolvendo a manutenção ou a revogação da prisão do ex-presidente Lula – Luiz Inácio Lula da Silva, condenado a pena de doze anos e um mês por corrupção e

Eberhard Schmidt que o sentido profundo e a justificação do formalismo processual estão na secular experiência dos abusos da autoridade e do perigo de julgamentos sem formalidades. E conclui suas considerações lembrando o quanto o mal do regime nazista levou o povo alemão a apreciar o formalismo judiciário.¹⁰

Compreende-se, nesse contexto, que o acesso à Justiça ou aos tribunais (artigo 20, n.º.1), sendo uma imposição do Estado de Direito, envolva

lavagem de dinheiro, vem causando grande instabilidade jurídica. A condenação de Lula em primeira instância foi prolatada pelo juiz Sérgio Moro. Posteriormente, foi interposto recurso para o TRF-4. No Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, o recurso foi distribuído para a 8ª. Turma, tendo como relator o ministro João Pedro Gebran Neto. Por unanimidade a 8ª. Turma manteve a condenação de Lula. Considerando o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a condenação confirmada em segundo grau de jurisdição permite o início da execução da pena, foi determinado o início do cumprimento da condenação. Na noite de sexta-feira – 6 de julho de 2018, foi interposto, por três deputados federais do Partido dos Trabalhadores, *habeas corpus* a favor do réu. O desembargador de plantão no TRF-4, Rogério Favreto, após o exame do pedido, entendeu haver fato novo a ser examinado pela Corte, considerando o lançamento da pré-candidatura de Lula a presidente da República e que o processo eleitoral exige equidade entre os pré-candidatos. Nesse sentido, a prisão estaria causando prejuízo a Lula, pois, desde que fora condenado pelo colegiado da 8ª. Turma do próprio TRF-4, passou a estar enquadrado na Lei da Ficha Limpa e impedido de disputar eleição. Sob tal argumento, o desembargador concedeu a ordem de soltura, determinando a liberdade do ex-presidente, preso em Curitiba, à época dos fatos, pelo período de 92 dias. A ordem de soltura foi dirigida ao juiz Sérgio Moro, sob a alegação de que tal magistrado seria a autoridade coatora, quando na verdade este somente cumpria prévia ordem da 8ª. Turma do TRF-4. No despacho, o juiz Sergio Moro afirma que o desembargador federal que decidiu monocraticamente no *habeas corpus* é absolutamente incompetente para sobrepor-se à decisão do colegiado da 8ª. Turma do TRF-4. Alega ainda que, por orientação do presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, deveria consultar o relator natural da apelação criminal 5046512-94.2016.4.04.7000, que tem competência para revogar a ordem de prisão já exarada pela 8ª. Turma. O desembargador e relator natural no TRF-4, João Gebran Neto, suspendeu a decisão de libertação de Lula tomada pelo desembargador de plantão, alegando que o julgador teria sido induzido em erro pelos autores da ação, que partiram de pressupostos inexistentes, não havendo fato novo que justificasse possível ordem de soltura. Diante de tal decisão, o desembargador de plantão do TRF-4 manifestou-se reiterando sua decisão anterior de soltura do paciente e determinando o prazo de uma hora para Lula deixar a cadeia. O Ministério Público, concomitantemente, suscitou o Conflito Positivo de Jurisdição, incidental ao *habeas corpus* (n.º. 502614-40.2018.404.0000/PR), requerendo que fosse fixada pelo presidente do TRF-4 a competência da 8ª. Turma do TRF-4 para exame da questão. Nesse sentido foi decidido pelo desembargador Presidente que a matéria ventilada no *habeas corpus* não desafia a análise em sede de plantão judiciário e presente a competência do relator natural da apelação criminal que rendundou na condenação e prisão de Lula. Todo esse imbróglio jurídico levou a então presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Cármen Lúcia, a manifestar-se publicamente no sentido de que “A Justiça é impessoal, sendo garantida a todos os brasileiros a segurança jurídica, direito de todos. O Poder Judiciário tem ritos e recursos próprios, que devem ser respeitados. A democracia brasileira é segura e os órgãos judiciários competentes de cada região devem atuar para garantir que a resposta judicial seja oferecida com rapidez e sem quebra de hierarquia, mas com rigor absoluto no cumprimento das normas vigentes”. Matéria publicada no jornal *O Globo*, na segunda-feira, dia 9/7/2015.

¹⁰ *Apud* Tornaghi Helio, *Instituições de Processo Penal*, vol. 1, pp. 77 e 78.

uma efectiva e máxima protecção: fala-se, por isso, em tutela jurisdicional efectiva – artigo 20º. nos 4 e 5 e 268º. nº. 4 da CRP).¹¹

A tutela jurisdicional efetiva significa que cada bem da vida que se pretende corresponde a uma ação ou meio processual de garantia junto aos Tribunais, assegurando a todos o acesso ao Direito e aos Tribunais para a defesa de seus direitos legalmente protegidos (artigo 20º. 1 CRP).

O direito ao processo equitativo está hoje positivamente consagrado a nível internacional, no artigo 6º. da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no artigo 14º. do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos e no artigo 10º. da Declaração Universal dos Direitos do Homem.¹²

A ideia de um *due process* jurisdicional é entendida como a conformação justa e adequada do direito à tutela jurisdicional. O artigo 20º. 4 da CRP estabelece que “todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”.

É imperioso que os tribunais promovam o controle objetivo da violação da juridicidade e encerrem o conflito num prazo razoável (artigo 20º. 1 e 4). Uma definição abrangente de tutela jurisdicional efetiva encontra-se agora no Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais (Lei 15/2002 de 15/2, alterada pela Lei 4-A/2003, de 19/2): “o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, cada pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar e de obter as providências cautelares antecipatórias ou conservatórias destinadas a assegurar o efeito útil da decisão”.¹³

No âmbito penal é indispensável que haja a tutela jurisdicional efetiva, o atendimento à presunção de inocência do arguido, nos termos do artigo 320º., 2 da CRP. O princípio da presunção de inocência traz ínsita a

¹¹ Otero, Paulo. *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 94.

¹² Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 492.

¹³ Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 495.

ideia de que o arguido é presumidamente inocente até o trânsito em julgado da condenação.¹⁴

¹⁴ No Brasil, o artigo 5º., inciso LVII da CRFB, estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Não obstante, tal princípio tem sido mitigado pelos tribunais superiores da Federação Brasileira, havendo no Superior Tribunal de Justiça entendimento expresso pela Súmula 9, de que a exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

O Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade – ADCS nºs. 43 e 44, entendeu por maioria que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares requeridas nas ADCS.

O Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), autores das ações, requereram a concessão de medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acordãos prolatados em segunda instância. Alegaram que o julgamento do *habeas corpus* 126292 em fevereiro de 2016, no qual o STF entendeu possível a execução provisória da pena, vem gerando grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, porque, mesmo sem força vinculante, tribunais de todo o país passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP. O artigo 283 do CPP estabelece que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou proventiva”. O relator das duas ações foi o ministro Marco Aurélio, votou no sentido da constitucionalidade do artigo 283 do CPP, concedendo a cautelar pleiteada. O ministro Edson Fachin abriu divergência em relação ao relator e votou pelo indeferimento da medida cautelar, dando ao artigo 283 do CPP interpretação conforme a Constituição, que afasta aquela segundo a qual a norma impediria o início da execução da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias. Ele defendeu que o início da execução criminal deve ser coerente com a Constituição Federal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo quando for conferido efeito suspensivo a eventual recurso à cortes superiores. Por fim, afastou o argumento de irretroatividade do entendimento jurisprudencial prejudicial ao réu, entendendo que tais regras se aplicam apenas às leis penais, e não à jurisprudência. O ministro Luiz Roberto Barroso seguiu a divergência. No seu entendimento, a presunção de inocência é princípio, e não regra, e pode, nessa condição, ser objeto de ponderação com outros princípios e valores constitucionais que têm a mesma estrutura. “A Constituição Federal abriga valores contrapostos, que entram em tensão, como o direito à liberdade e a pretensão punitiva do estado. A presunção de inocência é ponderada e ponderável em outros valores, como a efetividade do sistema penal, instrumento que protege a vida das pessoas para que não sejam mortas, a integridade das pessoas para que não sejam agredidas, seu patrimônio para que não sejam roubadas.” O entendimento anterior, no sentido de que a prisão só poderia ocorrer quando do esgotamento de todas as instâncias, incentivou a interposição sucessiva de recursos para postergar o trânsito em julgado, acentuando a seletividade do sistema penal, visto que quem possui melhor situação financeira tem condições de contratar melhores advogados e estes tendem a interpor uma gama de recursos impedindo a execução da condenação e agravando o descrédito da sociedade em relação ao sistema de justiça. O ministro Teori Zavascki acompanhou a divergência. Ressaltou que “A dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema criminal do país. Se de um lado a presunção de inocência e as demais garantias devem proporcionar meios para que o acusado possa exercer seu direito de defesa, de outro não podem esvaziar o sentido público de justiça”. O ministro Luiz Fux seguiu a divergência ressaltando que o constituinte não teve intenção de impedir a prisão após a condenação em segundo grau na redação do inciso LVII do artigo 5º. da Constituição. Se o quisesse o teria feito no inciso LXI, que trata das hipóteses de prisão. Por fim, concluiu

Tem-se ainda o princípio da irretroatividade da lei incriminadora (artigo 29º., n.ºs. 1 e 3), nem a proibição de aplicação de pena ou medida de segurança mais grave do que a existente à data da conduta em causa – (artigo 29º. n.º.4), tal como impõe que a causa seja decidida pelo tribunal cuja competência estava fixada em lei anterior – (artigo 32º., n.º. 9).¹⁵

No artigo 20º., n.º. 4, o constituinte estabelece que todos têm direito a um processo equitativo, ou seja, justo, imparcial, isonômico. As partes no processo devem ser tratadas igualmente, com direito ao contraditório, à prova, à ampla defesa, a prazos razoáveis, a juiz competente e imparcial, e, ainda, com decisões motivadas, e a decisão deve ser prolatada num prazo razoável.

A tutela jurisdicional efetiva compreende também a imutabilidade da coisa julgada e o correspondente cumprimento e respeito pelos demais órgãos do Judiciário e por todas as entidades públicas e privadas (artigo 205º. n.º. 2), e o seu não cumprimento dispara mecanismos sancionatórios para os responsáveis pelas situações de inexecução (artigo 205º., no.3).¹⁶

Da mesma forma a tutela da segurança e a proteção da confiança devem ser respeitadas pelo Poder Legislativo no processo de elaboração das leis, de forma a atender o princípio da determinabilidade mínima das normas

que “estamos tão preocupados com o direito fundamental do acusado que nos esquecemos do direito fundamental da sociedade, que tem a prerrogativa de ver aplicada sua ordem penal”. O ministro Gilmar Mendes votou com a divergência, concluindo que a prisão após condenação em segundo grau não viola o princípio constitucional da presunção de inocência. A ministra Cármen Lúcia, então presidente do STF, votou também com a divergência, afirmando que a Constituição Federal, ao estabelecer que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado, não exclui a possibilidade de ter início a execução da pena. Havendo apreciação de provas e duas condenações, a prisão do condenado não tem aparência de arbítrio. Se de um lado há a presunção de inocência, do outro há a necessidade de preservação do sistema e de sua confiabilidade, que é a base das instituições democráticas.

Votaram com o relator a ministra Rosa Weber, os ministros Dias Toffoli, Lewandowski e Celso Mello. Entenderam que o artigo 283 do CPP espelha o disposto nos incisos LVII e LXI do artigo 5º. da CRFB, que tratam justamente dos direitos e garantias individuais. A Constituição vincula o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência a uma condenação transitada em julgado. <https://stf.jusbrasil.com.br>, visto pela ultima vez em 7 de abril de 2019.

¹⁵ Otero, Paulo. *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 95.

¹⁶ Otero, Paulo. *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 96.

jurídicas, impondo a utilização de uma linguagem clara, perceptível e congruente, vedando ainda, em nome da segurança jurídica, uma densificação insuficiente de normas susceptíveis de lesar posições jurídicas subjetivas, tal como sucede com a utilização excessiva ou despropositada de “normas em branco” ou de conceitos vagos e indeterminados.¹⁷

O princípio da determinabilidade das leis reconduz-se, sob o ponto de vista intrínseco, a duas ideias fundamentais. A primeira é da exigência de clareza das normas legais, pois de uma lei obscura ou contraditória pode não ser possível, através da interpretação, obter um sentido inequívoco capaz de alicerçar uma solução jurídica para o problema concreto. A segunda aponta para a exigência de densidade suficiente na regulamentação legal, pois um acto legislativo (ou um acto normativo em geral) que não contém uma disciplina suficientemente concreta (= densa, determinada) não oferece uma medida jurídica capaz de: (1) alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos; (2) construir uma norma de actuação para a administração; (3) possibilitar, como norma de controle, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos. (Acs. 285/92, DR, 17-8-92 e 233/94, DR, II, 27-8-94).¹⁸

Também há o princípio da proibição de pré-eficácia de actos normativos, que impede que leis, convenções internacionais e regulamentos possam ser aplicados (mandados aplicar) antes de se encontrarem em vigor: ninguém se pode considerar vinculado a aplicar ou a adotar uma conduta em conformidade com uma norma que ainda não foi publicada ou, tendo sido, ainda não entrou em vigor.¹⁹

O princípio da proibição de retroactividade recai sobre normas que imponham ou envolvam direta ou indiretamente sacrifícios de natureza pessoal (artigo 29, n^{os}. 1, 3 e 4 – princípio da legalidade), ou patrimonial (artigo 103, n^o. 3), e ainda, em termos gerais, sobre todas as normas que

¹⁷ Otero, Paulo, *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*, p. 89.

¹⁸ Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 258.

¹⁹ Otero, Paulo, *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*, p. 89.

traduzam a restrição ou proibição do exercício de posições jurídicas subjectivas (artigo 18, n.º 3).²⁰

O princípio da proibição de retrocesso impede que as normas dotadas de uma conexão íntima com a proteção da inviolabilidade da vida humana e as condições mínimas indispensáveis à garantia do metaprincípio da dignidade da pessoa humana sejam atingidas pela retroatividade.²¹

O legislador também deve atender ao princípio da obrigatoriedade de inclusão de normas de direito transitório sempre que, num compromisso entre a aplicação da “lei nova” e a garantia da tutela de situações jurídicas adquiridas à luz da “lei velha”, se procure uma solução consensual de salvaguarda da reversibilidade de um regime e o respeito pela segurança e proteção da confiança dos titulares de posições jurídicas anteriormente consolidadas.²²

Quanto à Administração Pública, ela está obrigada a cumprir a Constituição, a Lei e as decisões judiciais. Não obstante, muitas vezes nos deparamos com situações em que a Administração não tem interesse em cumprir uma decisão judicial contra si própria. Nesses casos, o Estado de Direito pode ser maculado, o que não é cabível num Estado Democrático.

O princípio da separação de poderes fundamenta, por força da Constituição, o dever da Administração Pública de executar as decisões judiciais: trata-se de um dever fundamental, decorrente do princípio do Estado de Direito e da subordinação efetiva do Poder à juridicidade.²³

A recusa ilícita de execução administrativa das sentenças judiciais, traduzindo um comportamento inconstitucional, enquanto expressão atentatória da garantia última do Estado de Direito, além de poder conduzir à aplicação de sanções pecuniárias, só pode encontrar resposta eficaz num sancionamento criminal dos responsáveis: o legislador encontra-se vinculado

²⁰ *Ibidem.*

²¹ *Ibidem.*

²² *Ibidem.*

²³ Otero, Paulo, *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*, p. 99

a criminalizar a conduta e os tribunais a sancionarem os titulares dos órgãos administrativos que recusaram ilicitamente dar execução às sentenças.²⁴

O Tribunal Constitucional Português apresenta muitas vezes a sua posição sobre o princípio da proteção da confiança, nomeadamente nas chamadas situações de retrospectividade, em termos sintetizados segundo os quais a alteração legislativa que afecte expectativas dos particulares é inconstitucional quando se revela arbitrária, inesperada ou desproporcionada (Ac. 449/02, 54.º vol., pg. 665), ou quando se trata de afectação inadmissível, arbitrária ou excessivamente onerosa, com que não se poderia moral ou razoavelmente contar (Ac. 354/00, 47.º vol., pags. 545 e ss.).²⁵

O teste da protecção da confiança é um verdadeiro teste de ponderação de bens: em um dos lados da balança se coloca o peso específico que apresentam as expectativas dos particulares e, do outro lado, a importância do interesse público prosseguido, a que acresce o peso reconhecido ao princípio da liberdade constitutiva do legislador.²⁶

Ainda segundo o Tribunal Constitucional, há dois critérios que se completam, para determinar se ocorre uma afectação inadmissível, arbitrária ou demasiadamente onerosa de expectativas jurídicas, a saber: a) a afetação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível, quando constitua uma mutação na ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dele constantes possam contar; b) quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevaletentes (deve-se recorrer aqui, ao princípio da proporcionalidade, explicitamente consagrado, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, n.º 2 do art.18.º da CR, desde a 1.ª revisão)". (Conforme Acórdão n.º .287/90, 17.º vol., pags. 7 e ss.).²⁷

²⁴ Otero, Paulo, *Direito Constitucional Português, I, Identidade Constitucional*, p. 99.

²⁵ Novais, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. 1.ª edição, reimpressão. Coimbra: Editora Coimbra, fevereiro de 2014, p. 270.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Novais, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, p. 271.

CAPÍTULO VII: ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A transição do século XIX para o XX caracteriza-se, no domínio da evolução dos tipos históricos de Estado, pela crise dos pressupostos, dos valores e da ideologia em que assentava o modelo de Estado Liberal. As novas experiências políticas que se sucedem após o eclodir da Primeira Guerra Mundial revelam, na sua radical diversidade, uma intenção comum de superação do legado liberal. Mas, enquanto o fascismo e o nacional-socialismo, de um lado, e a revolução soviética, do outro, destruíam a possibilidade da própria subsistência do Estado de Direito, desenvolve-se, na mesma época, uma outra alternativa que procura reatar ou prosseguir esse ideal nas novas condições do século XX e que dará origem ao que designamos genericamente de Estado social e democrático de Direito.¹

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a Segunda Guerra Mundial e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende a diversos nomes: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. O marco filosófico desse novo direito constitucional é o pós-positivismo, que se deu em decorrência do fracasso do positivismo, que equiparou o direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso jurídico do positivismo permitiram o debate de ideias a respeito do Direito, a sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo procura empreender uma leitura moral do Direito sem recorrer a categorias metafísicas, possibilitando reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. A interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico passam a ser inspiradas por uma teoria de justiça, não

¹ Novais, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, p. 30.

podendo mais comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo judiciais.²

O primeiro grande documento histórico depois do fim da guerra, a Carta das Nações Unidas, reafirma em seu preâmbulo “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres”.

Na história da progressiva afirmação dos direitos do homem foram percorridas muitas etapas. A primeira de grande importância, que transformou uma aspiração ideal e secular em um verdadeiro e próprio direito, em um direito público subjetivo, ainda que no restrito âmbito de uma nação, foi a sua constitucionalização através das Declarações dos Direitos inseridos nas primeiras constituições liberais e depois, pouco a pouco, nas constituições liberais e democráticas que vieram à luz nos dois sucessivos séculos. A segunda etapa foi a progressiva extensão dos direitos. A primeira forma de extensão ocorreu no próprio interior dos direitos de liberdade: basta lembrar que o direito de associação que inicialmente não era reconhecido, ficando sob a guarda e fiscalização do poder de polícia do Estado, só mais tarde foi reconhecido como direito de liberdade. A segunda forma de extensão ocorreu com a passagem do reconhecimento dos direitos apenas civis para o reconhecimento dos direitos políticos, até a concessão do sufrágio universal masculino e feminino, passagem que representou a transformação do Estado Liberal em Estado democrático. A terceira é a aquela que introduziu os direitos sociais, e assim transformou o Estado democrático e liberal em Estado Democrático e social.^{3 4}

² Barroso, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito, *Revista de Direito Administrativo*, abr./jun. 2005, Rio de Janeiro, vol. 240, pp. 4 e 5.

³ Bobbio, Norberto, *Teoria Geral da Política: a Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. Organização de Michelangelo Bacero; tradução de Daniela Beccacia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, pp. 481 e 482.

⁴ A DDHC, a partir de concepções jusnaturalísticas, reconhece a existência de direitos e liberdades individuais de natureza inata, decorrentes da condição humana. São verdadeiros direitos de defesa, que impõem limites à atuação estatal e consubstanciam a primeira das dimensões ou gerações de direitos fundamentais, as quais, não obstante sucessivas entre si, não excluem as anteriores, coexistindo harmonicamente. Em verdade, “os direitos novos se cobrem do prestígio dos antigos”. Sieyès, Abade, *Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão*, Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia, 2ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2015, p. 29.

A Declaração de Direitos do Homem de 1948 reconheceu os direitos de segunda geração, correspondentes aos direitos sociais, econômicos e culturais, que normalmente exigem um *facere* do Estado, vale dizer, uma ação positiva com o fim de propiciar melhores condições de vida (*lato sensu*) à pessoa humana e diminuir as desigualdades sociais. Como marcos fundamentais dessa geração, podem ser mencionadas as Constituições do México de 1917 e a alemã de Weimar, esta de 1919. Segundo o artigo XXII da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Cidadão de 1948, toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais, e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade.⁵

A expressão Estado social procura sintetizar o sentido do processo concertado de estadualização da sociedade e de recíproca socialização do Estado, sendo esta dupla dimensão que permite distinguir, de algum modo, o Estado social das designações afins mais vocacionadas para traduzir apenas aspectos parcelares daquelas tendências (Estado assistencial, Estado-providência, Estado do Bem-Estar, Estado de Partidos, Estado Administrativo).⁶

Com o fim das duas grandes guerras, no início do século XXI, a crença no liberalismo já estava por demais afetada, e a sociedade do pós-guerra clamava por um mundo mais justo, humanizado e com olhar mais próximo às questões sociais. A credibilidade no modelo liberal, na crença de uma justiça natural imanente às relações econômicas e sociais, a ideia de separação entre estado e sociedade, a livre concorrência fizeram com que se buscassem novos paradigmas.

⁵ Sieyès, Abade, *Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão*, vol. I, pp. 29/30.

⁶ Novais, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, p. 31.

Busca-se a autossuficiência da sociedade, de modo que esta possa ser olhada como um objeto a ser estruturado, regulado e transformado com o fim de obter-se a justiça social e a prosperidade econômica/financeira.

É fortalecido o compromisso do Estado no processo produtivo, na distribuição da produção e na planificação do processo econômico.

A justiça social e a busca pela igualdade material tornam-se o interesse e fim essencial do Estado, ao tempo em que se afirma como Estado Social, Provedor.

Buscam-se a estruturação e a regulação da vida social por meio de uma política econômica que promova políticas públicas referentes ao bem-estar econômico e social, objetivando com isso uma melhora da condição de vida dos cidadãos, através de prestação de bens e serviços, e de infraestruturas materiais.

Concomitantemente, há uma forte pressão da sociedade civil no que tange ao Estado, expandindo a apropriação permanente e institucionalizada dos partidos e da sociedade civil com suas ONGs e Fundações.

Pode-se afirmar que a democracia tem por fundamento o reconhecimento dos direitos de liberdade e, ainda, o reconhecimento dos direitos sociais ou de justiça. Isso porque o Estado democrático desenvolveu-se tendo como fundamento o reconhecimento dos direitos de liberdade e o dos direitos sociais ou de justiça. Nesse sentido, as democracias contemporâneas, surgidas após o holocausto da Segunda Guerra Mundial, se preocuparam em proteger os direitos individuais e em reconhecer os direitos sociais, caminhando de democracia liberal para democracia social.⁷ O Estado democrático desenvolveu-se tendo como pressupostos os princípios de liberdade, reconhecendo os direitos de liberdade, sendo certo

⁷ Podemos citar, como exemplo, o artigo 1º. da Constituição Espanhola de 1978, que assim proclama: "A Espanha constitui um Estado social e democrático que propugna, como valores superiores da sua ordem jurídica, a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político". A Constituição italiana no artigo 4º. preceitua: "A República reconhece a todos os cidadãos o direito ao trabalho e promove as condições que tornem efetivo esse direito". Notam-se bem a passagem e a transformação do Estado Liberal para o Estado Social. Bobbio, Norberto. *Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, p. 502.

que a “liberdade, quando vista com as lentes do pós-positivismo, assume contornos essencialmente principiológicos, o que a torna sensível, no delineamento do seu conteúdo e na verificação de suas potencialidades de realização, aos influxos de natureza axiológica auferidos no ambiente sociopolítico”.⁸

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 prevê a extensão dos direitos sociais a toda pessoa enquanto membro da sociedade, dando sua dimensão de pessoa social, expressando o caráter de universalidade. O homem passa a ser tratado como membro de uma sociedade internacional, que transcende a barreira do Estado-Nação. Segundo Bobbio, a universalização, que teve seu ponto de partida na Declaração Universal dos Direitos do Homem, permitiu a transposição da proteção do sistema interno para o sistema internacional, propiciando, assim, que um sujeito de direito internacional tenha a possibilidade de pleitear em Corte Internacional contra o próprio Estado.⁹ Em verdade, quando da declaração universal dos direitos do Homem, deu-se o reconhecimento pela Assembleia Geral das Nações Unidas dos direitos naturais, facultando, assim, que tais direitos fossem protegidos não mais apenas no âmbito do Estado, mas também contra o próprio Estado. Desse modo, se o Estado falhar em suas obrigações constitucionais para com seus sujeitos, ainda existe a instância internacional. Assim, depois da Declaração Universal, a proteção dos direitos naturais passou a ter ao mesmo tempo eficácia jurídica e valor universal. E o indivíduo, de sujeito de uma comunidade estatal, passou a ser também sujeito da comunidade internacional, potencialmente universal.¹⁰ Também se assiste à especificação dos direitos considerando-os fundamentais. É importante registrar que quanto menos o Estado reconhece os direitos do homem, também não reconhece a autoridade internacional, que zela e busca empreender políticas para que esses direitos fundamentais sejam respeitados.

⁸ Constant, Benjamin, *A Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos*, vol. 3, p. 51.

⁹ Bobbio, Norberto, obra citada, p. 482.

¹⁰ Bobbio, obra citada, p. 486.

O ponto comum entre o estado liberal e o estado social é a ideia de limitação jurídica do Estado. Significa isto que o Estado assume novos fins, desenvolve uma intervenção social e econômica quantitativa e qualitativamente diferente da intervenção do Estado liberal do século XIX, mas continua a fazê-lo no mesmo quadro de limitação jurídica e de respeito pelos direitos e liberdades individuais que são pressupostos da existência de qualquer Estado de Direito.¹¹

No plano de direitos fundamentais, além dos direitos de liberdade tipicamente liberais, chamados de direitos fundamentais clássicos, aparecem também os direitos sociais e culturais (incluindo os direitos econômicos, sociais e culturais), considerados de segunda geração. “A terceira geração alcança os direitos difusos, que rompem a individualidade do ser humano para abarcar grande parcela do grupamento ou a própria espécie, de que é exemplo o meio ambiente. São direitos despersonalizados, pertencentes a todos e, simultaneamente, a ninguém em especial.”¹²

No Estado Social expandem-se os direitos fundamentais para além daqueles direitos liberais clássicos, passando a existir também os direitos sociais que se traduzem na exigência de prestações positivas materiais a serem realizadas pelo Estado em favor dos indivíduos, de forma a permitir e garantir não só a liberdade como também a igualdade com um olhar de socialidade, vinculado à cláusula do bem-estar social.

Com essa nova ordem, os direitos, liberdades e garantias passam a ser olhados sob a óptica da socialidade, permitindo, com isso, que direitos então considerados absolutos sejam relativizados para garantir a igualdade material entre todos os cidadãos. Como exemplo, cito o direito a propriedade; então visto como direito absoluto, passa a suportar as exigências da função social da propriedade e as ingerências sob esta.

A ideia de dignidade humana passa a ser o eixo conceitual que conecta a moral do igual respeito por cada um ao direito positivo e ao

¹¹ Novais, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, p. 31.

¹² Sièyes, Abade, *Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão*, vol. 1, p. 30.

processo democrático. Como conceito jurídico moderno, a dignidade humana está associada ao *status* que os cidadãos assumem na ordem política autocriada. A dignidade conferida pelo *status* da cidadania é nutrida pela apreciação republicana dessa realização democrática e de uma correspondente ao bem comum.¹³

Os direitos fundamentais são ampliados para além dos direitos de defesa contra os abusos e violações praticadas pela autoridade pública, mas também como valores que se impõem genericamente a toda a sociedade e que, sem prejuízo da autonomia privada de cada um, repercutem também nas relações jurídicas privadas e adquirem, como tal, relevância jurídica face aos poderes particulares.¹⁴

O Estado social é inerente à existência de regras de democracia, pois o desenvolvimento do processo de socialização do Estado pressupõe a cidadania participativa, o que é compatível com um regime democrático. E nessa ordem de ideias vemos que “o Estado de Direito tem sido, por exigência do princípio da socialidade, Estado social de Direito, e o Estado social de Direito é, por inerência da própria natureza e dos valores que prossegue, Estado democrático de Direito.”¹⁵

Por sua vez, o Estado social e democrático de Direito acolhe a autonomia individual e a dignidade da pessoa humana como limite originário

¹³ A Antiguidade já havia estabelecido uma estreita relação entre *dignitas* e *persona*; porém, a pessoa individual, na sua estrutura de papéis, só emerge nos debates medievais sobre a semelhança do ser humano com Deus. Cada uma aparece como pessoa insubstituível e inconfundível no Juízo Final... No entanto, o passo decisivo é dado pela moralização da compreensão de liberdade individual no pensamento de Hugo Grócio e Samuel Von Pufendorf. Kant exprime esta compreensão de uma forma deontológica, resumindo-a no conceito de autonomia, o qual, no entanto, paga a sua radicalidade com o estatuto incorpóreo do livre-arbítrio num <<reino dos fins>>, afastado do mundo. A liberdade consiste, agora, na capacidade da pessoa de legislar para si de forma racional... A “dignidade infinita” de cada pessoa consiste no direito que a mesma tem de que todos os outros respeitem essa esfera de livre-arbítrio como inviolável. Kant não atribui um valor sistemático à dignidade da pessoa humana; o ônus da fundamentação cabe totalmente à explicação filosófico-moral da autonomia: <<Portanto, a autonomia é o fundamento da dignidade humana e de qualquer natureza racional.>> Habermas, Jürgen, *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*, Lisboa: Edições 70, 2012, pp. 46/47.

¹⁴ Novais, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, p. 34.

¹⁵ Novais, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, p. 37.

de seu poder e valor vital e indisponível da ordem comunitária, e compreende e expande a liberdade como autonomia.

Tal como o Estado Liberal se compatibilizava com diferentes, e por vezes opostas, formas de governo (desde a monarquia limitada germânica ao governo representativo francês, britânico ou norte-americano), também o Estado social e democrático de Direito comporta – por maior razão, dada a complexidade, heterogeneidade e pluralismo da sociedade contemporânea –, e sem prejuízo da sua relevância como princípio estruturante da ordem constitucional, a possibilidade de ser actuado em diferentes quadros políticos.¹⁶

O Estado social e democrático de Direito, enquanto conceito que exprime a limitação e a vinculação jurídica do Estado com vistas à garantia dos direitos fundamentais do homem e à promoção das condições do livre e autónomo desenvolvimento da personalidade individual, acolher e integrar juridicamente as transformações económicas e sociais democraticamente decididas e, com tal alcance, constituir-se em princípio estruturante da ordem constitucional das sociedades democráticas contemporâneas.¹⁷

A Constituição da República não deixa quaisquer dúvidas sobre a indispensabilidade de uma base antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de direito, em conformidade com o que preceituam os artigos 1º e 2º. da CRP, os quais afirmam que Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana e o Estado de direito democrático funda-se no respeito e na garantia e efetivação dos direitos humanos.

Pela análise dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, deduz-se que a raiz antropológica se reconduz ao homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado. Nesta perspectiva, tem-se sugerido uma <<integração pragmática>> dos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, a afirmação da integridade física e espiritual

¹⁶ Novais, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, p. 41.

¹⁷ Novais, Jorge Reis, *Os Princípios Cconstitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, p. 42.

do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável (artigos 24º., 25º., 26º. da CRP). Em segundo lugar, a garantia da identidade e integridade da pessoa através do *livre desenvolvimento da personalidade* (artigo 26º. e artigo 73º. 2 da CRP). Reflectindo o imperativo social do estado de direito, aponta-se para a *libertação da <<angústia da existência>>* da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho, emprego e qualificação profissional e a garantia de condições existenciais mínimas através de mecanismos providenciais e assistenciais como o subsídio de desemprego e o rendimento mínimo garantido (artigos 53º., 58º. 63º., 64º. da CRP). Reafirmando-se em quarto lugar, a garantia e defesa da *autonomia individual* através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do estado de direito. Finalmente, realça-se a dimensão igualdade-justiça dos cidadãos, expressa na mesma *dignidade social* e na *igualdade de tratamento normativo* (cfr. CRP,art. 13º.), isto é, na igualdade perante a lei e através da lei.¹⁸

Nessa ordem de ideias, identifica-se o Estado Social Democrático de Direito como sendo aquele que vai resgatar a dignidade da pessoa, transformando-a num portal de cidadania, tratando a dignidade como metaprincípio, buscando a igualdade real e a socialidade do ser humano no seu contexto social, integrando o homem ao seu respectivo núcleo urbano político e social.

A dignidade conferida pelo *status* da cidadania é nutrida pela apreciação republicana dessa realização democrática e de uma correspondente orientação ao bem comum. Isso lembra o significado que os antigos romanos associavam à palavra *dignitas*, a saber, o prestígio de um homem de Estado e dos detentores de cargos que haviam servido a *res publica*. A distinção dos poucos eminentes “dignatários” e notáveis contrasta,

¹⁸ Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 248/249.

naturalmente, com a dignidade que o Estado constitucional garante de forma igual a todos os cidadãos.¹⁹

Jeremy Waldron chama a atenção para o facto paradoxal de o conceito igualitário de dignidade humana resultar de uma generalização de dignidades particulares, não podendo perder completamente a conotação <<pequenas diferenças>>:<<O conceito de “dignidade”, associado anteriormente à diferenciação hierárquica segundo a posição e o estatuto, exprime, agora, a ideia de que todas os seres humanos têm a mesma posição, aliás, têm uma posição muito elevada>>. Waldron entende esse processo de generalização de tal maneira que todos os cidadãos adquirem agora a mais alta posição possível, por exemplo, aquela que antigamente era reservada à nobreza. Mas isto captura o significado de igual dignidade de cada ser humano? Mesmo os percursos diretos do conceito de dignidade na filosofia dos Estoicos e no humanismo romano (por exemplo, em Cícero) não formaram uma ponte semântica para o significado igualitário do conceito moderno. Naquele período a *dignitas humana* era explicada em termos de uma posição ontológica diferenciada do ser humano no cosmo, da especial hierarquia que o ser humano assume *vis-à-vis* a formas “inferiores” de vida em virtude de faculdades próprias da espécie, como capacidade de razão e reflexão. O valor superior da espécie poderia ter justificado algum tipo de proteção da espécie, mas não a inviolabilidade da dignidade da pessoa individual como fonte de pretensões normativas.²⁰

A intangibilidade da dignidade humana chamou a atenção da opinião pública alemã em 2006, tempo em que já havia uma decantação do Estado Social no continente europeu, quando o Tribunal Constitucional Federal declarou inconstitucional a lei de Segurança Aérea. Quando foi editada a referida lei, o Parlamento alemão tinha em mente o cenário de onze de setembro, o ataque terrorista às Torres Gêmeas do World Trade Center.

¹⁹ Habermas, Jürgen, O Conceito de Dignidade Humana e a Utopia Realista dos Direitos Humanos, publicado na revista *Metaphilosophy*, vol. 41, n.º.4, July 2010, 0026-1068, p. 13; Jürgen Habermas, *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*, p. 44.

²⁰ Habermas, Jürgen O Conceito de Dignidade Humana e a Utopia Realista dos Direitos Humanos, publicado na revista *Metaphilosophy*, vol. 41, n.º.4, July 2010, 0026-1068, p. 13; Habermas, Jürgen, *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*, p. 44 e *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*, pp.44/45.

Sua intenção era conferir poder às Forças Armadas para, em tal situação, abater um avião de passageiros que se houvesse transformado em um míssil vivo, a fim de proteger um número indeterminadamente elevado de pessoas ameaçadas no solo. No entanto, na concepção da Corte, a morte desses passageiros por ato de agências do Estado seria inconstitucional. E fundamenta seu entendimento na premissa de que o dever estatal decorrente do artigo 22 da Lei Fundamental – “Todas as pessoas têm direito à vida e à integridade física”, de proteger a vida das vítimas de um potencial ataque terrorista – deveria ceder diante do dever de respeitar a dignidade humana dos passageiros, ao terem suas vidas dispostas unilateralmente pelo Estado, às pessoas a bordo da aeronave é negado o valor que é devido a um ser humano por si. O respeito pela dignidade de cada pessoa proíbe o Estado de dispor de qualquer indivíduo meramente como um meio para fins alheios, mesmo que este fim seja o de salvar as vidas de muitas outras pessoas.²¹

A dignidade da pessoa humana no Estado Social alcançou uma proeminência tanto na doutrina como na jurisprudência, permitindo um aprofundamento dos direitos fundamentais ao tempo em que estes ganharam no sistema jurídico como um todo, tanto na relação vertical entre cidadãos individuais e o Estado, quanto nas relações horizontais entre indivíduos e grupos. A <<dignidade humana>> passa a ser o sismógrafo que mostra o que é constitutivo para uma ordem jurídica democrática, nomeadamente os direitos que os cidadãos de uma comunidade política devem conferir a si mesmos para que possam respeitar-se uns aos outros como membros de uma associação voluntária de pessoas livres e iguais. A garantia desses direitos humanos dá às pessoas o status de cidadãos, que, como sujeitos de direitos iguais, titularizam a pretensão de exigir que sejam respeitados em sua dignidade humana. A dignidade humana forma o portal através do qual a substância igualitária e universalista da moral é importada para o direito. A noção de dignidade humana, constitui a charneira conceitual que liga a moral do igual respeito por todos ao direito positivo e à legislação democrática de

²¹ Habermas, Jürgen, *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*, p. 28.

modo que a sua conjugação permita, em condições históricas favoráveis, o surgimento de uma ordem política baseada na dignidade humana.²²

Os direitos de liberdade, juntamente com os direitos democráticos de participação, que constituem o conjunto dos chamados direitos fundamentais clássicos, somente podem ser usufruídos pelos cidadãos de forma igualitária, quando estiver garantido um nível de independência em suas vidas privadas e econômicas e quando eles possam formar e estabilizar suas identidades pessoais no ambiente cultural de sua escolha. Experiências de exclusão, sofrimento e discriminação ensinam que os direitos fundamentais clássicos adquirem “o valor igual” (Rawls) para todos os cidadãos apenas quando são complementados pelos direitos sociais e culturais. Começa então a se perseguir uma igualdade real, não mais somente na lei.

O conceito jurídico de dignidade humana não aparece nem nas declarações clássicas dos direitos humanos do século XVII, nem nas codificações do século XIX. Os instrumentos estruturantes das Nações Unidas estabelecem, expressamente, o nexó entre os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, constituindo uma resposta manifesta aos crimes em massa cometidos sob o regime nazista, bem como aos massacres da Segunda Guerra Mundial. A dignidade humana não é uma expressão classificadora *a posteriori*, um logro, por assim dizer, por detrás do qual se esconde uma multiplicidade de fenômenos diversos, mas a fonte moral da qual se alimentam os conteúdos de todos os direitos fundamentais. O artigo 14º. nº. 2 da Constituição do Estado Livre da Saxônia, de 1992, estabelece que: “A inviolabilidade da dignidade do ser humano constitui a fonte de todos os direitos fundamentais”.²³

É necessário ter-se em mente a assertiva de que a dignidade humana é una e a mesma em todos os lugares e para cada um, fato que fundamenta a indivisibilidade de todas as categorias de direitos fundamentais.

²² Habermas, Jürgen, O Conceito de Dignidade Humana e a Utopia Realista dos Direitos Humanos, p. 8; e Habermas, Jürgen, *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*, p. 37.

²³ Habermas, Jürgen, texto citado, p. 13; Habermas, Jürgen, *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*, pp. 30 e 31.

CAPÍTULO VIII: DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DAS NORMAS PRINCÍPIOLÓGICAS

Mas como corporificar, codificar o Estado Social? Como estabelecer uma Constituição com base nos direitos fundamentais e objetivando o Estado de Bem-Estar, Estado providência, Estado-assistencial?

Dentro dessa óptica, percebe-se uma mudança de paradigma na relação entre Estado-indivíduo, Estado-Sociedade e, ainda, no que tange à finalidade do Estado.

Como ponto de partida, aproveita-se o legado fundamental do Estado Liberal, de maneira que a garantia dos direitos fundamentais de cada cidadão seja considerada o fim essencial do Estado; mantêm-se o tripé referente à divisão dos poderes, o princípio da legalidade da administração e a tutela jurisdicional dos direitos dos particulares.¹

No Estado liberal do século XIX a Constituição disciplinava somente o poder estatal e os direitos individuais, sendo que no Estado Social do século XX o texto constitucional regula o poder estatal, a Sociedade e o indivíduo.²

Neste cenário, a grande tarefa do constituinte originário foi reconstruir o conceito jurídico de Constituição, dando-lhe valor normativo, contrapondo-se à folha de papel do racionalismo, transformando-a numa Constituição viva, dinâmica, fundamentalizando os direitos econômicos, sociais e culturais; ou seja, além dos direitos e liberdades clássicas, somam-se, ainda, os direitos positivos de caráter social, que se traduzem na exigência de prestações positivas materiais a serem prestadas pelo Estado ao cidadão. Não se quer mais a abstenção do Estado, e, sim, uma intervenção positiva promovendo uma existência digna. Predomina a

¹ Novais, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, p. 32.

² Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 233.

Constituição material em contraponto à Constituição formal, vazia e distante dos aspectos sociais e políticos da sociedade.

Busca-se, então, o Estado Social no qual o poder político não está só limitado pelo Direito que cria, mas também por normas e princípios reguladores dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais não se limitam mais ao direito de defesa em face dos abusos dos detentores do poder do Estado, passando a ser concebidos como valores que se impõem a toda a sociedade, com relevância jurídica em face dos poderes particulares. A igualdade não é apenas formal, mas real. A propriedade não é mais um direito absoluto: cede lugar à função social da propriedade. As relações de produção passam a ter um olhar para a dignidade da pessoa humana, que independe da sua situação na estratificação social. O direito ao voto é alargado. Surgem os direitos de categorias sociais até então não previstos, como o direito dos menores, das mulheres, de outras minorias sociais.

A divisão de poderes não é vista como uma separação rígida, estanque. Na verdade, a separação passa a ser de funções, que devem funcionar de forma harmônica e interdependente, limitando as possibilidades do exercício arbitrário do poder.

No Estado Liberal tinha-se como ideia-chave que a lei era a medida da garantia dos direitos, e, nessa ordem, a função legislativa estava isenta de qualquer controle.

O Estado Liberal é marcado pela ideia de poder limitado pelo Direito e respeito aos direitos fundamentais, vistos numa óptica estrita de defesa do cidadão em face de qualquer abuso do Estado, marcando uma fase privatista e individualista do direito. É o século que começa com o Código Civil francês, conhecido como Código de Napoleão – 1804, e termina seu ciclo com o Código Civil alemão de 1900.

No século XX ocorre uma mudança de paradigma. Há uma progressiva publicização do Direito e uma nova ordem jurídica na qual o que prepondera é a proteção do polo mais fraco das relações jurídicas, baseada no enfoque de justiça social. Busca-se a interpretação jurídica, a normatividade aos princípios gerais do direito, o desenvolvimento de uma

teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana.

A Constituição passa a ser o centro do pensamento jurídico, visto que o sentido e o alcance das normas infraconstitucionais devem ser fixados à luz da Constituição.

Segundo o Professor Alexy, em seu livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*, os princípios devem ser tratados como uma espécie de norma jurídica, deixando de ser considerados como uma fonte meramente subsidiária do direito, a ser aplicado nas hipóteses de lacuna da lei.³ Os doutrinadores que reconheciam nos princípios constitucionais o caráter de norma os entendiam como uma norma programática, dependente de uma regulamentação por parte do legislador infraconstitucional.

Para Alexy, as normas de direito fundamental têm em geral a estrutura de princípios. E nesse sentido, o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios baseia-se no fato de que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.⁴

A juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.⁵

³ Para Alexy, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau, e que a medida devida do seu cumprimento depende das possibilidades reais e jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. *Apud* Brandão, Rodrigo. *Direitos Fundamentais: Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 125.

⁴ Alexy, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª. ed., 5ª. Tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros, 2017, p. 90.

⁵ Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 264.

A fase jusnaturalista, na qual os princípios habitavam ainda a esfera por inteiro abstrata em sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento ético-valorativo de ideia que inspira os postulados de justiça.⁶

A segunda fase da teorização dos princípios vem a ser a juspositivista, com os princípios entrando já nos Códigos como fonte normativa subsidiária, de forma a garantir o reinado absoluto da lei.⁷

No pós-positivismo, os princípios passam a ser tratados como direitos. As Constituições do século XX começam a acentuar a hegemonia axiológica dos princípios, alçando uma posição superior na construção da nova sistemática constitucional. Os Princípios gerais do Direito, ou melhor, de um Direito, são aquelas verdades que informam um sistema jurídico. Em si mesmas e fora da ordenação positiva são eternas e imutáveis, mas a relação entre elas e as circunstâncias de cada povo é variável, e elas se traduzem em conceitos relativos. As ideias das verdades eternas podem ser corrompidas e deixar de ser princípios de moralidade e de justiça sem perder a força que têm os dogmas de um Direito positivo, pois tal virtude não lhes advirá então de sua justiça intrínseca, mas do poder vinculador da norma jurídica. Só se poderá ter certeza de que um princípio convém realmente a um sistema confrontando-os: a contradição será a prova de incompatibilidade e de que aquele princípio não pode, portanto, integrar aquele sistema. Os princípios que norteiam determinado Direito podem ser alcançados pela razão, mas a certeza de sua pertinência se obtém do confronto. Todo princípio que se oponha ao Direito constituído não é um princípio do Direito de um determinado país. Nem poderia deixar de ser assim, pois os princípios gerais são a base do sistema, não podendo ser invocados para destruí-lo.⁸

E nesse ambiente, em que a solução dos problemas jurídicos não se encontra integralmente na norma jurídica, é que surge uma cultura jurídica pós-positivista, também chamada de neoconstitucionalismo.

⁶ Bonavides, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 264 e 265.

⁷ Bonavides, Paulo, obra citada, p. 267.

⁸ Tornaghi, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974, p. 396.

Se a solução não está toda na norma, é preciso procurá-la em outro lugar. E assim supera-se a separação profunda que o positivismo jurídico havia imposto entre o direito e a moral, entre o direito e outros domínios do conhecimento. Para construir a solução que não está pronta na norma, o direito precisa se aproximar da filosofia moral – em busca de justiça e de outros valores –, da filosofia política – em busca de legitimidade democrática e de realização de fins públicos que promovam o bem comum – e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como a economia e a psicologia.⁹

Nesse período há a formação de uma nova hermenêutica e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana, reaproximando-se o direito e a ética.

Esclarece Norberto Bobbio, em sua obra *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, tão bem destacada pelo Professor Paulo Bonavides, que os princípios gerais são normas fundamentais do sistema, as normas mais gerais. Trata-se de normas fundamentais ou normas de base do sistema, pois sem elas o sistema não poderia subsistir como ordenamento efetivo das relações da vida da sociedade. Os princípios são normas diretivas, indefinidas e indiretas.¹⁰

Entre as vozes mais ferrenhas contra o positivismo puro, que embalou e sustentou o Estado Liberal, assenta-se a doutrina do Professor Ronald Dworkin, de Harward, que conseguiu com sucesso fazer a distinção entre regras e princípios, estabelecendo uma conexidade entre Direito e Moral.¹¹ Dworkin busca em seus estudos a igualdade real, na qual todos os

⁹ Palestra proferida pelo Ministro do STF Luis Roberto Barroso – “As Grandes Transformações do Direito Contemporâneo e o Pensamento de Robert Alexy”, <http://www.luisroberto.com.br>, visto pela última vez em 9/4/19.

¹⁰ *Apud* Bonavides, Paulo, obra citada, pp. 268 e 269.

¹¹ Dworkin atribui aos princípios uma dimensão de peso, de maneira que, quando estes se cruzam, deve-se verificar, à luz do caso concreto, qual princípio ostentará o maior peso específico. A prevalência de um princípio no caso em que se verificara a colisão não implicará a invalidação do “princípio derrotado”. Na mesma linha, Alexy salienta que a circunstância de um princípio ceder a outro no âmbito de determinado caso concreto não significa a invalidação do princípio afastado ou a criação de cláusula de exceção, mas a afirmação de que, sob determinadas circunstâncias, o princípio X prevalece sobre o Y; em condições fáticas distintas, a solução pode ser inversa. Isto porque, enquanto regras estão sujeitas a uma dimensão de validade, os princípios estão sujeitos a uma dimensão de peso.

membros de uma sociedade são iguais, são seres humanos, e por tal razão devem ser tratados como tal, independentemente das suas condições sociais, econômicas, bem como de suas crenças, merecendo respeito e liberdade para o desenvolvimento humano.

Conclui o mestre que os princípios são normas e as normas compreendem os princípios e as regras, por isso mesmo providos de grande peso no ordenamento jurídico, por constituírem norma de eficácia suprema.

Ao julgar um caso, um magistrado o faz não só com base na lei, mas também, e inclusive, com base nos princípios que fundamentam todo o sistema jurídico. Os princípios gerais correspondem aos princípios constitucionais que fundamentam o sistema jurídico.

Na verdade, a discussão é sobre normas e qual peso deve ser atribuído às normas diretamente estabelecidas pelo texto Constitucional, que são normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos, e por tal razão possuem um mais alto peso.

Para Alexy, os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras, sendo também normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade.¹²

Outros grandes doutrinadores participaram da luta para que os princípios alcançassem o patamar de normas de direitos fundamentais.¹³

Segundo Alexy, a correção moral do direito e das decisões jurídicas impõe uma vinculação entre o Direito e a moral. A correção equivale, no Direito, à ideia de justiça. A reserva mínima de justiça corresponde aos direitos humanos básicos. E estes, convertidos em direitos fundamentais pela

Apud Brandão, Rodrigo, *Direitos Fundamentais: Democracia e Cláusulas Pétreas*, obra citada, p. 125.

¹² *Apud* Bonavides, Paulo, obra citada, p. 283.

¹³ Crisafulli assinala que os princípios estão para as normas particulares como o mais está para o menos, como o que é anterior e antecedente está para o posterior e o consequente. Assim como Muller, na Alemanha, rompe com a tradição de Kelsen, Jellinek, Laband e Gerder, já Dworkin, no mundo anglo-americano, levanta a cátedra de Haward contra a de Oxford, onde até então a filosofia de Hart conservava intangível a inspiração positivista de Bentham e Austim. *Apud* Bonavides, Paulo, obra citada, pp. 278 e 282.

inclusão na Constituição, condicionam a compreensão de todo o ordenamento jurídico.¹⁴

Ainda no âmbito da teoria dos princípios, Alexy trata a questão das colisões entre princípios e dos conflitos de regras. Afirma o mestre que a colisão de regras somente pode ser solucionada se se introduzir uma cláusula de exceção – isto é, a regra terá sua incidência excluída em determinada hipótese, ou pela declaração de invalidade de uma delas. A colisão entre princípios, por sua vez, é solucionada de forma bem diversa. Se dois princípios estão em rota de colisão, um deles terá de ceder. Isso não significa que seja inválido. O que ocorre é que, sob determinadas circunstâncias concretas, um deles terá precedência. Faz-se necessário um sopesamento ou ponderação para determinar qual princípio tem maior peso no caso concreto.¹⁵

Em resumo, o conflito de regras se resolve na dimensão da validade, e a colisão entre princípios se dá na dimensão do valor que deve prevalecer na hipótese.

Verifica-se, pois, que os princípios são, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em dimensão normativa mais elevada, permitindo, assim, formar a equação *regra, princípio e valor*.¹⁶ As regras vigem, os princípios valem. Os princípios enquanto valores fundamentais governam a Constituição e a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.¹⁷

Considerando a evolução do pensar a teoria dos princípios, na fase pós-positivista, evoluiu-se do campo metafísico para o campo mais concreto do direito, deslocando-se os princípios da esfera da *jus* filosófica

¹⁴ *Apud* Palestra proferida pelo Ministro do STF Luis Roberto Barroso, “As Grandes Transformações do Direito Contemporâneo e o Pensamento de Robert Alexy”, <http://www.luisrobertobarroso.com.br>, visto pela última vez em 9/4/2019.

¹⁵ Alexy, Robert, obra citada, pp. 92 e 93.

¹⁶ Bonavides, Paulo, obra citada, p. 289.

¹⁷ Bonavides, Paulo, obra citada, p. 295.

para o domínio da ciência jurídica, reconhecendo a hegemonia e proeminência dos princípios.

Os insucessos resultantes do formalismo positivista, onde o sistema constitucional se esvazia de sentido e conteúdo, fizeram a reflexão de alguns constitucionalistas se volver para a necessidade de um novo sistema, compatível com aqueles valores materiais que pedem uma interpretação “justa” da norma constitucional, cuja aplicação somente ocorre quando há problemas em busca de solução, isto é, de serem resolvidos interpretativamente, e não raro escapam, rebeldes, aos critérios disponíveis de ordenação jurídica.¹⁸

O sistema constitucional está envolto nos valores, nas razões históricas, nos interesses e em tudo o mais que influencie a elaboração da norma. Ele já não é estritamente o sistema da Constituição escrita, normativa, mas o complexo de forças, relações e valores que o positivismo formalista deliberadamente excluía ou ignorava e cuja totalidade compõe a ordem material da Constituição.

A decisão do constituinte originário de empregar princípios ou regras em cada caso não é aleatória ou meramente caprichosa. Ela está associada, na verdade, às diferentes funções que essas duas espécies normativas podem desempenhar no texto constitucional, tendo em conta a intensidade da limitação que se deseja impor aos poderes constituídos. Ao utilizar a estrutura das regras, o constituinte cria condutas específicas, obrigatórias, e, conseqüentemente, limites claros à atuação dos poderes políticos. Os princípios, diversamente, indicam um sentido geral e demarcam um espaço dentro do qual as maiorias políticas poderão legitimamente fazer suas escolhas.¹⁹

Essa função diferenciada de princípios e normas tem importante repercussão prática, notadamente porque ajuda a demarcar os espaços de competência entre o intérprete constitucional – sobretudo o intérprete judicial

¹⁸ Bonavides, Paulo, obra citada, p. 137.

¹⁹ Barroso, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, pp. 245 e 246.

– e o legislador. A abertura dos princípios constitucionais permite ao intérprete estendê-los a situações que não foram originariamente previstas, mas que se inserem logicamente no raio de alcance dos mandamentos constitucionais. Porém, onde o constituinte tenha reservado a atuação para o legislador ordinário não será legítimo pretender, por via de interpretação constitucional, subtrair do órgão de representação popular as decisões que irão realizar os fins constitucionais, aniquilando o espaço de deliberação democrática.²⁰

²⁰ Barroso, Luís Roberto, obra citada, p. 246.

CAPÍTULO IX: DIREITOS FUNDAMENTAIS

Desde a sua aparição no pensamento político dos séculos XVII e XVIII, a doutrina dos direitos do homem avançou muito, embora entre conflitos, confutações, limitações. Mesmo que a meta final, uma sociedade de livres e iguais, não se tenha cumprido, foram percorridas várias etapas, em relação às quais já não será possível retroceder tão facilmente. Nas primeiras páginas de *As Origens do Historicismo*, Meinecke escreveu que a “fé jusnaturalista”, tanto na sua forma cristã quanto na sua forma profana, “foi a estrela polar em meio a todas as tempestades da história, e constituiu para o homem pensante um ponto fixo na vida, tanto mais forte quanto mais sustentada pela fé na revelação”. O primeiro grande documento histórico depois do fim da guerra, a Carta das Nações Unidas, reafirma em seu preâmbulo “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres, e das nações grandes e pequenas”.¹

Do Estado liberal ao Estado Social de Direito, os direitos fundamentais sofreram grande desenvolvimento, evoluindo de direitos de liberdade individuais aos direitos sociais, metaindividuais e coletivos.

Como sabemos, a Constituição nasceu nas revoluções liberais, para limitar o poder do Estado e garantir direitos aos particulares. Paralelamente a isso, surgem os limites aos poderes do Estado, focando na separação dos poderes e deveres específicos dos mínimos dos direitos fundamentais.

A Constituição Portuguesa, de forma singular, estabelece que os direitos fundamentais se aplicam diretamente aos particulares, nos exatos termos do artigo 18º. nº.1 da CRP. É a aplicação horizontal dos direitos fundamentais. O artigo 18º., nº.1 da CRP não tem força de gerar um direito subjetivo de um particular contra outro particular, valendo de forma mediata nas relações entre particulares.

¹ Bobbio, Norberto. *Teoria Geral da Política: A Filosofia e as Lições dos Clássicos*, p. 481.

O Estado tem o dever e a obrigação de proteger os direitos fundamentais, através da lei infraconstitucional. É o dever de proteção do Estado que detém o monopólio da força.

Os direitos fundamentais estão previstos na Constituição, sítio no qual encontramos um elenco dos direitos, liberdades e garantias, no título II da parte I, os de natureza análoga, que resultam da cláusula aberta do artigo 17º. da CRP, e os direitos sociais.

A cláusula aberta permite a constitucionalização de novos direitos em matéria de direitos fundamentais. Ela serve para os direitos futuros não previstos ou direitos antigos não elencados pelo constituinte originário. Por força do artigo 16º. n.º. 1 da CRP, o constituinte originário não estabeleceu limite de sistema e regime constitucional aos direitos fundamentais.

A afirmação de que os direitos fundamentais não têm caráter absoluto, longe de difundir a sua relatividade, busca, tão somente, alertar para a necessidade de concordância prática com outros direitos de igual estatura, o que pode justificar a imposição de eventuais restrições. Presente a colisão entre direitos potencialmente incidentes em dada situação, será inevitável que o direito prevalecente, consoante com as circunstâncias fáticas e jurídicas subjacentes ao caso, acarrete a limitação de alguns direitos concorrentes.²

Alexy, de modo mais amplo, afasta a própria existência, no plano constitucional, de direitos que nunca podem ser afastados (“*direitos absolutos genuínos*” – *genuim absolute Rechte*): o alcance da proteção absoluta (*absoluten schutzes*) de um direito sempre dependerá das relações entre os princípios incidentes no caso, o que inevitavelmente conduzirá a um juízo de ponderação.³

Além dos limites estabelecidos por imperativo legal, pode-se afirmar que a potencial colisão entre direitos atua como “restrição imanente”, autorizando a intervenção na esfera de um direito não alcançado pelo

² Sieyè, Abade, *Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão*, pp. 43 e 44.

³ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Suhrkamp Taschenbuch Verlag, 1994, p. 272, *Apud* Sieyè, Abade, *Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão*, vol. I, p. 44.

limitador legal, de modo a possibilitar a sua “concordância prática”. Os direitos fundamentais, por não estarem isolados no ordenamento jurídico, exercem uma influência recíproca na delimitação do conteúdo e do alcance no seu potencial normativo, não sendo exagero afirmar que a fixação dos limites pode ser mesmo concebida como um pressuposto de sua proteção. É o que se denomina “máxima da cedência recíproca”.⁴

Na síntese de Esmein, são dois os limites necessários: “o respeito a igual direito de outrem e manutenção da ordem pública”.⁵ Frise-se que a restrição em nome do interesse público deve ser norteadada por um critério de proporcionalidade, devendo ser discutida na jurisdição constitucional, foro natural desse debate.

Como bem define o Professor Jorge Miranda, tomando como referência a Constituição portuguesa – ou qualquer outra de Estado Social de Direito –, facilmente se enxerga a grande diversidade de estrutura e de conteúdo dos direitos que consigna. Uma dicotomia básica é de direitos de agir e de direitos de exigir. Os direitos de agir se dividem em liberdades (liberdades em geral e direito de propriedade) e direito de defesa (*habeas corpus*, ação popular).

Têm-se, ainda, os direitos de exigir, que se dividem em: direito de exigir prestações ou comportamentos positivos, compreendidos entre prestações jurídicas (produção de normas jurídicas, acesso à justiça) e prestações materiais (os direitos sociais); e direito de exigir comportamentos negativos, como por exemplo, não haver tortura, censura à imprensa.

Nos direitos de liberdade, parte-se da ideia de que as pessoas, só por o serem, ou por terem certas qualidades ou por estarem em certas situações ou inseridas em certos grupos ou formações sociais, exigem

⁴ Sieyè, Abade, *Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão*, vol. I, pp. 43 e 44.

⁴ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Suhrkamp Taschenbuch Verlag, 1994, p. 272, *Apud* Sieyè, Abade, *Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão*, vol. I, p. 45.

⁵ Cf. Mendes, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidades*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 81.

respeito e proteção por parte do Estado e dos demais poderes.⁶ São direitos de libertação do poder e, simultaneamente, direitos à proteção do poder contra outros poderes.

A primeira ampliação do conceito de liberdade ocorreu com a passagem da teoria da liberdade como não-impedimento para a teoria da liberdade como autonomia, quando a “liberdade” passou a ser entendida não mais apenas como o não ser impedidos por normas externas, mas como o dar leis a si próprios, e portanto não tanto como o não ter leis intimamente desejadas e internamente estabelecidas. Quando afirmou, no *Contrato Social*, que a liberdade é “a obediência à lei que prescrevemos a nós mesmos”, Rousseau deu-nos a mais perfeita definição desse novo conceito de liberdade, que pode bem ser definida como rousseauniana. Com base nesse conceito de liberdade como autonomia, nasceu a teoria da liberdade política como desenvolvimento das liberdades civis, ou da forma puramente liberal. A segunda transmutação do conceito de liberdade ocorreu quando se passou de uma concepção positiva de liberdade, isto é, quando se entendeu a liberdade autêntica e digna de ser garantida não mais apenas em termos de faculdade negativa, mas também em termos de poder positivo, isto é, capacidade jurídica material de tornar concretas as abstratas possibilidades garantidas pelas constituições liberais. Atualmente por liberdade entende-se: todo ser humano deve ter alguma esfera de atividade pessoal protegida contra as ingerências de qualquer poder externo, em particular do poder estatal, como, por exemplo, a esfera da vida religiosa; todo ser humano deve participar de maneira direta ou indireta da formação das normas que deverão posteriormente regular a sua conduta naquela esfera que não está reservada ao domínio exclusivo da sua jurisdição individual; todo ser humano deve ter o poder efetivo de traduzir em comportamentos concretos os comportamentos abstratos previstos pelas normas constitucionais que atribuem este ou aquele

⁶ Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Direitos Fundamentais, 6ª. ed. Coimbra: Editora Coimbra, pp. 122 e 123.

direito, e, por conseguinte, deve possuir ele próprio, ou como quota de uma propriedade coletiva, bens suficientes para uma vida digna.⁷

Todos esses conceitos de liberdade estão previstos na Declaração Universal do Homem, que estabelece princípios a serem seguidos pelo Estado e pelos particulares.

Na Declaração Universal dos Direitos do Homem de julho de 1948, estão previstas as liberdades negativas, nos artigos 7 a 20, as quais se referem aos direitos pessoais e aos tradicionais direitos de liberdade; o artigo 21 prevê a liberdade política, ao estabelecer que a vontade do povo será a base da autoridade do governo, expressa por meio de eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto; a liberdade positiva está prevista nos artigos 22 a 27, que se referem aos direitos à segurança social, em geral chamados direitos econômicos, sociais e culturais, sobre os quais se afirma serem indispensáveis para a dignidade do indivíduo e para o livre desenvolvimento de sua personalidade.

O princípio da igualdade também sofreu uma evolução, desde a ideia da igualdade formal, igualdade perante a lei, do Estado Liberal, passando pela ideia estabelecida na Declaração dos Direitos do Homem, na qual está previsto que os seres humanos são iguais em dignidade e direitos fundamentais. Significa isto que os direitos fundamentais enunciados na Declaração dos Direitos do Homem devem constituir uma espécie de mínimo denominador comum das legislações de todos os países. Temos então inicialmente que todos os seres humanos são livres e posteriormente são iguais no gozo da liberdade pessoal, negativa e política.⁸

No pensamento cristão, o fato de todos os homens serem filhos de Deus, tendo a sua imagem e semelhança, serve de alicerce à universalidade

⁷ Bobbio, Norberto. *Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, pp. 489 e 490.

⁸ Bobbio, Norberto, obra citada, p. 491.

dos direitos humanos e justifica a igualdade entre todos aqueles que aceitam a fé cristã.⁹

A igualdade, a exemplo da liberdade, era vista como um direito inato, e as distinções sociais, longe de estarem funcionalmente voltadas ao benefício de classes ou pessoas específicas, deveriam estar comprometidas com o bem comum, nos exatos termos do artigo 1º. da DDHC de 1789.

A igualdade ao tempo do liberalismo clássico, a igualdade perante a lei, perpetuava a desigualdade, ao tempo que assegurava a igualdade de tratamento.

A 14ª Emenda à Constituição norte-americana, de forma mais precisa, reconheceu a igualdade na lei, dispondo que as leis, sob circunstâncias parecidas, devem operar igualmente em todas as pessoas. Modificadas as circunstâncias, altera-se o padrão de igualdade.¹⁰

Portanto, identifica-se que o princípio de liberdade e o princípio da igualdade estão estritamente ligados um ao outro. Ao momento da liberdade pessoal ou negativa corresponde o momento da igualdade jurídica, ou seja, a capacidade de querer agir nos limites da lei e por interesse próprio. Ao momento da liberdade política, corresponde o momento da igualdade política, característica do Estado Democrático fundado no princípio da soberania popular não fictícia, ou seja, no sufrágio universal.¹¹

Por direitos sociais entende-se o conjunto das pretensões ou exigências das quais derivam expectativas legítimas que os cidadãos têm, não como indivíduos isolados, uns independentes dos outros, mas como indivíduos sociais que vivem, e não podem deixar de viver, em sociedade com outros indivíduos.¹²

Nos direitos sociais, parte-se da verificação da existência de situações de necessidades e de desigualdades de fato – umas derivadas das condições físicas e mentais das próprias pessoas, outras derivadas de

⁹ Sieyè, Abade, *Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão*, vol. I, p. 34.

¹⁰ Sieyè, Abade, *Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão*, vol. I, p. 36.

¹¹ Bobbio, Norberto, pp. 491 e 492.

¹² Bobbio, Norberto, p. 501.

condicionalismos exógenos (econômicos, sociais, geográficos etc.) – e da vontade de vencê-las para estabelecer uma relação solidária entre todos os membros da mesma comunidade política. Os direitos sociais são direitos de libertação da necessidade e, ao mesmo tempo, direitos de promoção. Busca-se a organização da solidariedade.¹³ Eles envolvem a pretensão de prestações normativas e materiais.

No artigo 9º da CRP, está estabelecido, como tarefa fundamental do Estado, garantir os direitos e liberdades fundamentais e promover a efetivação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, por meio da transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais.

Como bem ressaltado por Habermas, os cidadãos só podem usar estes direitos fundamentais em pé de igualdade se, simultaneamente, lhes for garantida uma independência suficiente na sua existência privada e econômica e se puderem tanto constituir como estabilizar a sua identidade no ambiente cultural que cada um deles deseja. As experiências de exclusão, miséria e discriminação ensinam-nos que os chamados direitos fundamentais clássicos só adquirem “valor igual” (Rawls) para todos os cidadãos quando acompanhados por direitos sociais e culturais. O direito de participar adequadamente do bem-estar e da cultura restringe fortemente a transferência de custos e riscos causados sistematicamente para destinos individuais. Esse direito opõe-se ao crescimento das desigualdades sociais e à exclusão de grupos inteiros da circulação global de cultura e sociedade.¹⁴

Os direitos fundamentais têm duas dimensões: a objetiva, que se expressa como valor e bem, e a subjetiva, que manifesta um direito subjetivo. Não pode o Estado substituir o indivíduo em suas escolhas, devendo respeitar a personalidade e a capacidade de agir de cada um.

O artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 afirma que toda pessoa, enquanto membro da sociedade, tem direito à segurança social. Ela está destinada a obter a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre

¹³ Miranda, Jorge, obra citada, p. 123.

¹⁴ Habermas, Jürgen, *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*, pp. 35 e 36.

desenvolvimento da sua personalidade, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, levando em conta a organização e os recursos de cada país.

O citado artigo 22 da DDHC constitui um guia para todas as Constituições que vieram depois, nas quais os direitos sociais foram reconhecidos ao lado e para além dos direitos civis e políticos.

Os direitos sociais necessitam da intervenção direta do Estado, tanto que são denominados também “direitos de prestação”, exatamente porque exigem, diferentemente dos direitos de liberdade, que o Estado intervenha com providências adequadas.¹⁵

A Constituição da República de Portugal define vários direitos de liberdade que são verdadeiros direitos potestativos puros, visto que seu exercício altera unilateralmente a ordem jurídica, como, por exemplo, o direito de ação (artigos 20º., 31º., 52º., nº. 3), o direito de casar (artigo 36º., nº. 1), o de adotar (artigo 36º., nº. 7), a liberdade de associação (artigos 46º., 51º., 55º.), o direito de livre disposição de propriedade em vida ou por morte (artigo 62º., nº. 1).¹⁶

O artigo 16º, nº. 1 da CRP estabelece uma cláusula aberta a novos direitos fundamentais, ao preceituar que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis ao direito internacional. Verifica-se, pois, que no texto constitucional não há um elenco taxativo de direitos fundamentais, tratando-se de uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de novos direitos ou de novas faculdades de direitos para lá daquelas que se encontrem definidas ou especificadas em cada momento.¹⁷ Em verdade, o Estado deve assegurar, além das liberdades positivas e negativas, o mínimo social. Os direitos sociais se inspiram no valor primário da igualdade.

¹⁵ Bobbio, Norberto, p. 504.

¹⁶ Miranda, Jorge, obra citada, p. 130.

¹⁷ Miranda, Jorge, obra citada, p. 200.

A era dos direitos sociais começou depois da Segunda Guerra Mundial, mesmo que seus primórdios remontem à Constituição da primeira República alemã denominada Weimar (1919), na qual se lê no artigo 152 que “o trabalho está sob a proteção do Estado”.^{18 19}

A declaração das quatro liberdades proclamadas pelo Presidente Roosevelt, em 6 de janeiro de 1941, muito influenciou o Ocidente. Essas quatro liberdades são: a liberdade de expressão, a liberdade de culto, a liberdade do medo, a liberdade das necessidades. No que se refere a essa última, lê-se no texto do discurso: “Para que o homem se liberte da necessidade, é preciso uma intervenção do Estado para proteger o trabalho, dar trabalho a quem não tem, prover as aposentadorias aos idosos, as pensões por invalidez e a seguir desenvolver a possibilidade de obter tratamentos médicos adequados”.²⁰

O Estado de direito democrático social busca a segurança social, que significa o “conjunto de institutos jurídicos mediante os quais o Estado realiza a liberdade da necessidade, garantindo a todos os membros da comunidade os meios para sobreviver”.²¹

Nessa ambiência, os direitos sociais avançam em direção à universalização, além dos direitos do homem e do cidadão, incluindo, entre outros, os direitos da criança, do idoso, ao meio ambiente saudável, ao urbanismo.

Os direitos sociais também são chamados de direitos de prestação, devido ao fato de que, enquanto os direitos de liberdade obrigam o Estado a um comportamento meramente negativo, isto é, a não impedir espaços

¹⁸ Bobbio, Norberto, obra citada, p. 505.

¹⁹ A Constituição da República Espanhola de 1931, no artigo 46º., proclamava: “O trabalho sob suas diferentes formas é um dever social, e goza de proteção da lei, assegurando a todos os trabalhadores as condições necessárias a uma existência digna”. Isso significa que para o indivíduo o trabalho é um direito em relação ao Estado. *Apud* Bobbio, Norberto, obra citada, p. 505.

A Constituição Italiana, em seu artigo 1º., estabelece que a República é fundada sobre o trabalho, e no artigo 4º. se lê: “A República reconhece a todos os cidadãos o direito ao trabalho e promove as condições que tornem efetivo esse direito”. *Apud* Bobbio, Norberto, obra citada, p. 502.

²⁰ *Apud* Bobbio, Norberto, obra citada, p. 506.

²¹ *Apud* Bobbio, Norberto, obra citada, p. 507.

personais de liberdade, os direitos sociais obrigam o Estado, como representante da coletividade, a intervir positivamente na criação de institutos aptos a tornar de fato possível o acesso a tais direitos. Nesse sentido a Constituição italiana no artigo 3º. fala em “remover obstáculos”.²²

No artigo 16 nº. 2 da CRP, o constituinte determina que as normas referentes a direitos fundamentais sejam interpretadas e entendidas dentro da perspectiva dos preceitos legais referentes à Declaração Universal dos Direitos do Homem. Nota-se a preocupação do constituinte em reaproximar o direito e a ética, com fundamentação moral nos direitos humanos.

A abrangência dos direitos fundamentais, bem como a extensão e a forma de interpretá-los, demonstra o sentido estabelecido para tais direitos, fazendo da pessoa o fundamento e o fim da sociedade e do Estado.

No Estado social e democrático de Direito, reconhece na autonomia individual e nos direitos fundamentais uma força vinculante, que, independentemente dos fundamentos filosóficos, políticos ou ideológicos invocados, afeta a administração e o conjunto dos poderes constituídos.

Quanto mais os direitos fundamentais penetram no sistema jurídico, tanto mais frequentemente ultrapassam a relação vertical entre o cidadão e o Estado e interferem nas relações horizontais entre os cidadãos, multiplicam-se os choques que exigem uma ponderação entre direitos fundamentais concorrentes. Tal situação é natural dentro do sistema democrático, no qual a igualdade e a dignidade da pessoa humana constituem o portal introdutório básico dos direitos sociais.

Os direitos fundamentais no Estado social estão previstos para serem gozados e fruídos pelo homem, mas se convertem em valores diretivos para o administrador e o legislador. Desse modo, ao estabelecer de forma tão mitigada os direitos sociais, o constituinte transformou a Constituição num pacto de garantia social, num seguro com que o Estado administra a Sociedade.²³

²² Bobbio, Norberto, obra citada, pp. 507 e 508.

²³ Miranda, Jorge, obra citada, p. 389.

O princípio da dignidade da pessoa humana no Estado Social é tratado como um metaprincípio, visto que o objetivo primordial do Estado Democrático de Direito é dar condições sociais e econômicas para que o cidadão viva num contexto social, político e econômico propício à manutenção de uma vida digna. Todos os princípios constitucionais derivam do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade.

No tocante aos direitos sociais básicos, a Constituição define princípios fundamentais, tais como a livre iniciativa, os valores sociais do trabalho, o desenvolvimento nacional, o direito à educação, à saúde, à previdência e à assistência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desempregados, dentre outros.

A fundamentalização dos chamados direitos sociais permite que, ao lado dos direitos e liberdades clássicos, sejam também agora considerados como direitos fundamentais os direitos positivos de caráter social, ou seja, os que se traduzem na exigência de prestações positivas materiais a serem cumpridas pelo Estado em favor dos indivíduos. Enquanto as liberdades negativas clássicas se realizavam tanto mais quanto menor fosse a intervenção do Estado, os novos direitos sociais requerem, não uma abstenção do Estado, mas antes uma intervenção positiva estatal destinada a conferir-lhes realidade existencial.²⁴

Importante registrar que, ao tempo do Estado Liberal, tanto no continente europeu como no americano, pensava-se em liberdade, igualdade, mas não havia preocupação com as questões relativas ao social. Nesse sentido, como bem registra o Professor Reis Novais, os próprios direitos, liberdades e garantias tradicionais do Estado Liberal são agora reinterpretados e reavaliados à luz da nova perspectiva de socialidade. Isto significa que o Estado não se limita a proclamar a existência das liberdades negativas, porém se preocupa, simultaneamente, em garantir a possibilidade do seu exercício efectivo e igualitário por parte de todos, prevenindo eventuais abusos, assegurando as condições de igualdade material no seu

²⁴ Novais, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, pp. 32 e 33.

exercício, regulando prováveis conflitos de direitos e colisões entre os direitos fundamentais e outros bens igualmente dignos de protecção jurídica.²⁵

O direito de propriedade passa a ser entendido e valorizado pela função social que ele possui. Deixa de ser um direito absoluto para ser relativizado com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

No Estado social, em que os direitos sociais afloram, fazendo com que os direitos absolutos sejam relativizados, há um alargamento da cidadania participativa, com o respectivo alargamento do direito ao voto, e um aprofundamento e consolidação das regras da democracia política.

Um outro olhar é dirigido à sociedade, de forma a permitir a assunção de direitos de outras categorias sociais, como o direito das crianças, das mulheres, de minorias sociais, étnicas, sexuais, bem como novos direitos do ambiente ou o direito dos povos ao desenvolvimento.

Dentro dessa nova ordem, os direitos fundamentais são ampliados, não se concebendo apenas a perspectiva de direitos de defesa contra os abusos e violações praticadas por autoridades públicas, mas como valores que se impõem a toda a coletividade, de maneira a atender todos os grupos sociais, promovendo igualdade, conforme o critério da possibilidade econômica e financeira do Estado.

A ideia da fraternidade enquanto virtude cívica, proclamada no Estado liberal, evolui no Estado Social para a noção de solidariedade. “A solidariedade prende-se à ideia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social. É a transposição, no plano da sociedade política, da *obligatio in solidum* do direito privado romano. O fundamento ético desse princípio encontra-se na ideia de justiça distributiva, entendida como a necessária compensação de bens e vantagens entre as classes sociais, com a socialização dos riscos normais da existência humana”.²⁶

²⁵ Novais, Jorege Reis, obra citada, p.33.

²⁶ Comparato, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 64.

Com base no princípio da solidariedade, passaram a ser reconhecidos como direitos humanos os chamados direitos sociais, que se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres: ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente.²⁷

Conforme nos ensina o mestre Reis Novais, a abertura do artigo 16º., nº.1º. da CRP, de algum modo, há-de reflectir num regime privilegiado de protecção a essa categoria de direitos, adquire todo o sentido o apelo à fixação de um conceito material de direito fundamental, pois só ele permitirá fundar a decisão sobre quais, dentre as posições constantes das leis ordinárias e das regras aplicáveis de direito internacional, devam ser consideradas direitos fundamentais para efeitos de aplicação do referido regime de protecção especial.²⁸

O espaço de estudo que temos é a Constituição de Estado social e democrático de direito onde, sem prejuízo da abertura material a uma multiplicidade de concretizações que tal referência comporta, a salvaguarda e a promoção da autonomia e da dignidade da pessoa humana constituem os valores supremos que devem pautar juridicamente as relações entre o Estado e os cidadãos.²⁹ A igualdade entre os cidadãos, além da dignidade da pessoa humana e da liberdade como autonomia formam o tripé sobre o qual as relações horizontais entre as pessoas físicas e jurídicas, bem como as relações de subordinação entre o indivíduo e o estado, devem acontecer.

Independentemente da formulação constitucional encontrada, todas as normas de direitos fundamentais são reconduzíveis a uma estrutura típica, cujo conteúdo consiste na imposição de obrigações ou deveres ao Estado, de que, directa ou indirectamente, resultam para os particulares posições de vantagem juridicamente tuteladas, ou seja, os direitos

²⁷ Comparato, Fábio Konder, obra citada, p. 64.

²⁸ Novais, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, junho de 2010, p. 48.

²⁹ Novais, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, p. 51.

fundamentais.³⁰ Nesse quadro, enfatizo que tais normas devem ser respeitadas não só pelo Estado, como também pelas pessoas físicas e jurídicas.³¹

Os direitos fundamentais são escudos de defesa do particular que geram, para o Estado e para as entidades públicas, um *facere, non facere*. Por parte do Estado existe, ainda, o dever de suportar as posições jurídicas dos titulares dos direitos fundamentais, relativamente ao bem jurídico protegido. As pessoas jurídicas, principalmente os grandes conglomerados financeiros, também devem respeitar os direitos fundamentais subscritos na Constituição de cada país, que impede a criação de protocolos administrativos obstativos de tais direitos. A regulamentação do uso e da fruição de tais direitos fundamentais deve ser criteriosa e submetida aos princípios estabelecidos na Constituição de cada Estado soberano.

O direito fundamental, como um todo, quando perspectivado do ponto de vista dos titulares do direito, é esse conjunto ou feixe de posições de vantagem juridicamente tuteladas susceptíveis de referência ao mesmo direito fundamental, quando se tem em conta a intervenção do Estado, a contrapartida do conjunto de deveres e obrigações estatais que resultam da imposição constitucional da norma de direito fundamental.³²

Nesse sentido, podemos identificar que os direitos fundamentais permitem aos particulares, no âmbito da dimensão subjetiva, direitos subjetivos, equivalentes a ação, comportamento, pretensão ou competência, para o uso ou exercício de direito fundamental.

Em caso de ameaça ou lesão das posições de vantagem individual que os constituem, os direitos fundamentais asseguram aos seus titulares

³⁰ Novais, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, p. 54.

³¹ Originalmente direcionadas ao Estado, as garantias dos direitos fundamentais também podem ser eficazes contra violações por parte de terceiros – atores privados transnacionais – na medida em que, conforme a doutrina atualmente dominante, forem impostos deveres de proteção à comunidade internacional de Estados. Teubener, Gunther, *Fragmentos Constitucionais – Constitucionalismo Social na Globalização*. Coordenação Marcelo Neves. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 42.

³² Novais, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, p. 55.

formas de tutela que lhes permitem, com intensidade e efectividade variáveis, exigir juridicamente do Estado o cumprimento dos deveres que lhe são impostos pela norma de direito fundamental; ou seja, fornecem uma garantia subjectiva de direito fundamental.³³

Não obstante em sua origem histórica, na sua fundamentação ético-filosófica ou na sua justificação política em Estado de Direito, os Direitos Fundamentais são essencialmente direitos do homem e do cidadão e garantias e expressão do seu poder de autodeterminação face ao Estado, em termos jurídicos eles expressam-se primariamente como deveres jurídico-objetivos impostos ao Estado pelas normas de direitos fundamentais.³⁴

De tudo que foi exposto, concluiu-se que a história dos direitos fundamentais é também a história da limitação do poder. Os direitos fundamentais de primeira geração deram ênfase à liberdade a partir da ideia da autonomia individual e da abstenção do Estado. Na segunda geração, a dos direitos sociais, o destaque recaiu sobre os valores da igualdade. A terceira geração evidencia a solidariedade, típica dos direitos coletivos metaindividuais e transindividuais.

Admite-se que a descoberta e a formulação de novos direitos são e serão sempre um processo sem fim, de tal modo que, quando um sistema de direitos se faz conhecido e reconhecido, abrem-se novas regiões da liberdade que devem ser exploradas.³⁵

Nesse sentido identificam-se os direitos fundamentais da quarta geração, que constituem o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.³⁶ Tais

³³ Novais, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, p. 56.

³⁴ Novais, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, p. 71.

³⁵ Bonavides, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 32^a. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 584.

³⁶ Bonavides, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, p. 586.

direitos compreendem o futuro da cidadania e da liberdade dos povos, irradiando-se a todo o ordenamento jurídico.

A universalidade dos direitos fundamentais acentua o alto grau de juridicidade, concretude, positividade e eficácia de tais direitos, permitindo que um indivíduo antes de ser de um determinado país, seja considerado e tratado pela sua condição de pessoa, um ente qualificado por pertencer ao gênero humano, que integra a universalidade.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem é o estatuto da liberdade dos povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano.³⁷

A quinta geração dos direitos fundamentais é o direito à paz.

O primeiro documento instituidor desse metadireito foi a Declaração das Nações Unidas a respeito da preparação das sociedades para viver em paz. Trata-se da Resolução 33/1973³⁸, que decreta que “toda nação e todo ser humano, independente de raça, convicções ou sexo, tem o direito imanente de viver em paz, ao mesmo passo que propugna o respeito a esse direito no interesse de toda a Humanidade”.³⁹

A Declaração do Direito dos Povos à Paz, contida na Resolução 39 da ONU, 12.11.1984, proclama solenemente que os “povos de nosso planeta têm direito sagrado à paz e fomentar sua realização é obrigação fundamental de todo Estado”.⁴⁰

O direito à paz, como vimos, está assegurado nas Declarações das Nações Unidas e em Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 16 de dezembro de 1966, documentos universais que fortalecem o caráter universal desse direito. “Nesse sentido, devemos compreender a Paz em sua feição agregativa de solidariedade, em seu plano harmonizador de todas as

³⁷ Bonavides, Paulo, Curso de Direito Constitucional, pp. 592 e 593.

³⁸ Aprovada na 85ª. sessão plenária da Assembleia Geral de 15.12.1978.

³⁹ Apud, Bonavides, Paulo, obra citada, p. 595.

⁴⁰ Apud, Bonavides, Paulo, obra citada, pp. 595 e 596.

etnias, de todas as culturas, de todos os sistemas, de todas as crenças que a fé e a dignidade do homem propugnam, reivindicam, concretizam e legitimam. Quem conturbar essa paz, quem a violentar, quem a negar, cometerá, à luz desse entendimento, crime contra a sociedade humana.”⁴¹

Quanto ao aspecto da eficácia dos direitos fundamentais, estes passam necessariamente pela harmonização com o direito infraconstitucional, sendo certo que o constituinte confere ao Parlamento o poder de concretizar, de regular, de harmonizar e de restringir tais direitos.

Não obstante a construção normativa dos preceitos jurídicos relativos aos direitos, liberdades e garantias, geralmente o legislador recorre a cláusulas gerais e a conceitos vagos ou fortemente determinados, sendo raramente formulados com a precisão suficiente para dispensarem a mediação legislativa, e raramente autoexecutáveis, de modo que, salvo algumas exceções, dependem quase sempre do legislador infraconstitucional para a concretização do seu sentido e muitas vezes da Administração para a respectiva efetivação.

Há que se admitir que o exercício dos direitos fundamentais pelo cidadão pode vir a causar interferência no âmbito dos direitos de outros, hipótese em que se justifica ou se impõe a intervenção dos poderes públicos.

O artigo 18 da CRP estabelece, como regra geral, que os preceitos constitucionais referentes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades pública e privadas.

Nessa ordem de ideias, o princípio geral firmado pelo constituinte foi no sentido de que os direitos fundamentais, considerando a sua força e sentido axiológico, têm como regra básica se impor a todos no ordenamento jurídico infraconstitucional, aos poderes públicos e às entidades privadas. Trata-se de direitos que estão assegurados na Constituição e por tal razão estão nela inseridos e protegidos pelo princípio da constitucionalidade, nos exatos termos do artigo 3º, 3 da CRP.

⁴¹ Bonavides, Paulo, obra citada, p. 607.

Considerando o sentido axiológico do princípio da constitucionalidade, infere-se que os direitos fundamentais decorrem da constituição e não dependem da lei para existir, e, sim, para regular o uso e a fruição em sociedade, de forma a viabilizar a concretização no seio da comunidade.

O sentido do princípio da constitucionalidade permite afirmar que a Constituição vale por si, prevalece e vincula positivamente o legislador, de tal modo que uma lei só terá valor jurídico se estiver em conformidade com a norma constitucional que consagra o respectivo direito.

Em decorrência de força vinculativa da Constituição e dos direitos ali estabelecidos, enxerga-se uma linha demarcatória eterna que o legislador deve ter sempre diante de seus olhos, como limite que, de uma vez por todas, lhe é imposto pelo constituinte originário, e, na hipótese em que se identifica uma lei que ultrapassa essa linha, o sistema de controle de constitucionalidade deve ser usado, tratando-se de hipótese de inconstitucionalidade *incidenter tantum* ou por meio da ação própria, nos termos dos artigos 281º, 1 a, 3 e artigo 283º. da CRP.

Não só a legislação infraconstitucional deve respeitar os direitos fundamentais previstos em sede constitucional, como também os intérpretes da norma devem assim fazê-lo de forma a atender o sentido e o comando do constituinte, e atentar para o princípio da interpretação em conformidade com a Constituição.

A questão ganha um relevo especial na situação em que o administrador identifica a lei inconstitucional, no exercício da atividade administrativa. Nesse caso, segundo Vieira de Andrade, a administração pode apreciar a constitucionalidade das leis, mas não terá, em princípio, poderes para rejeitar ou não aplicar as leis que considere inconstitucionais. Já não será assim quando se tratar da inconstitucionalidade de normas regulamentares ou da inconstitucionalidade superveniente de normas legislativas anteriores à Constituição, em que se admite, em princípio, a

rejeição pela Administração.⁴² Identificamos na hipótese a necessidade de ponderação dos princípios constitucionais, quais sejam: o referente à autoexecutoriedade dos preceitos relativos a direitos, liberdades e garantias e o princípio da separação dos poderes.

Saliente-se que somente aos órgãos da Administração superior cabe a faculdade de desaplicação da lei, com base em inconstitucionalidade material, devendo sempre ser ponderado se a suspensão da aplicação da lei, no caso concreto, não causará prejuízo ao interesse público ou para os particulares.

Na hipótese de inexistência de lei ou de qualquer ato normativo, os direitos fundamentais terão aplicabilidade direta, reafirmando com isso o princípio da constitucionalidade, alcançando os juízes e os demais operadores do direito. Neste viés, identificamos que a condição axiológica dos direitos fundamentais enseja a obrigação por parte dos poderes públicos, assim entendidos a Administração Pública, bem como os demais poderes, judiciário, legislativo e o executivo, de respeitá-los, não podendo invocar a seu favor a falta de regulamentação.

Ressalte-se, ainda, que o constituinte originário no artigo 18º, 1 da CRP, enfatiza que os preceitos constitucionais referentes aos direitos, liberdade e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas, estabelecendo um dever específico de respeito de todos aos direitos fundamentais.

A força jurídica vinculante dos direitos fundamentais do cidadão e o caráter obrigatório desses direitos dirigem-se ao poder legislativo, que como “poder constituído está obrigado a realizar certas tarefas, a respeitar limites e a acatar proibições, a prosseguir determinados fins e a usar modos específicos para atingir os objetivos que se propõe, a mover-se dentro do quadro de valores constitucionalmente definido.”⁴³ Trata-se de reconhecimento do caráter vinculante dos direitos fundamentais dos cidadãos

⁴² Vieira de Andrade, José Carlos, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 5ª. ed.Coimbra: Almedina, p. 201.

⁴³ Andrade, José Carlos Vieira de, obra citada, p. 206.

e total respeito ao metaprincípio da dignidade da pessoa humana, sendo certo que a regulamentação de tais direitos deve respeitar o limite de seu exercício, permitindo o uso sem abuso, não podendo se constituir em restrição que venha a causar a anulação; o espaço discricionário do legislador é delimitado por categorias legislativas que implicam ordenar, condicionar, interpretar, proteger e promover tais direitos, prevenindo abusos, solucionando conflitos e regulamentando o uso, mas nunca anular os direitos ou restringi-los a ponto de afetar a própria existência deles.

Nesse sentido, o conteúdo dos direitos fundamentais continua sendo um núcleo forte e protegido pelo princípio constitucional da força vinculante da Constituição, que deixa para o legislador infraconstitucional a tarefa de organizar, disciplinar e assegurar o exercício dos direitos fundamentalizados, preservando sempre o respectivo núcleo do direito.

Registro que o legislador está vinculado ao direito cujo exercício visa a regular e interpretar, não lhe cabendo definir, afetar ou modificar o conteúdo dos direitos fundamentais, sob pena de se inverter a ordem constitucional das coisas⁴⁴ havendo hipóteses em que o legislador pode alargar o âmbito da proteção de um direito, conforme prevê o artigo 15º., 4 e 5 da CRP.

Os direitos fundamentais, como direitos cuja sede é a Constituição, subordinam também a Administração Pública no seu atuar diário, que não pode restringi-los, mas, ao contrário, deve protegê-los, promovê-los, atuando de forma vinculada à Constituição e aos princípios ali estabelecidos.

Nesse viés, identifica-se que a atividade administrativa está sempre vinculada ao espaço que as normas constitucionais lhe oferecem, de forma a respeitar tais direitos, liberdades e garantias, que “constituem um limite autónomo do poder discricionário”.⁴⁵

Na hipótese em que a Administração Pública age no exercício do poder de polícia, mantêm-se a obrigatoriedade do total respeito e a vinculação aos direitos fundamentalizados, sob pena de arbítrio.

⁴⁴ Andrade, José Carlos Vieira de, obra citada, pp. 210 e 211.

⁴⁵ Andrade, José Carlos Vieira de, obra citada, p. 225.

Com relação ao poder judiciário, deve-se ter em mente que os tribunais enquanto órgãos do Estado estão submetidos à Constituição e aos princípios ali estabelecidos, devendo motivar suas decisões sempre no esteio dos valores firmados pelo constituinte originário, não podendo jamais deles se distanciar.

Desse modo tem-se hoje a identificação por parte do cidadão, de direito a um processo equitativo e com prazo razoável, permitindo uma justiça útil e eficaz.

Os direitos fundamentais não mudaram ao longo do tempo, se desenvolveram na medida em que as necessidades básicas do homem foram aflorando e incorporando ao gênero humano. “A igualdade não revogou a liberdade, mas a liberdade sem igualdade é valor vulnerável. Em última análise, o que aconteceu foi a passagem da liberdade jurídica para a liberdade real, do mesmo modo que da igualdade abstrata se intenta passar para a igualdade fática”.⁴⁶

Os direitos fundamentais no Estado Social, segundo Guenther Winkler, deixam de ser unicamente limites, se convertem em valores diretivos para a administração e a legislação.⁴⁷

O Estado Social permitiu um outro olhar do cidadão para com o Estado, cedendo lugar para o Estado-segurança, e as Constituições se transformaram num pacto de garantia social.

O desafio atual é fazer com que o Estado atenda os direitos sociais básicos, de forma a evitar um descrédito sobre o sistema, o governo e o regime, como ocorre nos países de economia frágil e democracia jovem, onde o déficit de efetividade das normas constitucionais, principalmente aquelas referentes a direitos fundamentais do homem, gera instabilidade social e política, afetando o Estado, o governo, a cidadania e as instituições, e gerando um sentimento de descrédito na sociedade.

⁴⁶ Bonavides, Paulo, obra citada, p. 387.

⁴⁷ Apud Bonavides, Paulo, obra citada, p. 388.

Nesse sentido, percebe-se que a socialidade entre os indivíduos como característica própria da nova ordem social faz com que seja deixado de lado o pensamento individualista do Estado Liberal. Por outro lado, o Estado-administração pode desenvolver-se por meio de entidades privadas, de forma a atenderem os interesses sociais que passam a exercer tarefas de interesse coletivo .

Dentro desse contexto, identifica-se a necessidade de se estabelecer uma ordem axiológica de aplicação dos direitos fundamentais nas relações de direito privado, sendo certo que até então a grande preocupação era asseverar o respeito e a aplicabilidade dessas normas na relação cidadão e Estado.

É importante lembrar que a Constituição do Estado Social na democracia, como bem enfatizado pelo Prof. Paulo Bonavides, é a Constituição do conflito, dos conteúdos dinâmicos, do pluralismo, da tensão sempre renovada entre a igualdade e a liberdade; por isso mesmo, a Constituição dos direitos sociais básicos, das normas programáticas, ao contrário da Constituição do Estado Liberal, que pretendia ser a Constituição do repouso, do formalismo, da harmonia, da rígida separação de poderes, do divórcio entre o Estado e a Sociedade.⁴⁸

Nos termos do artigo 16º, 1 da CRP, os preceitos referentes aos direitos fundamentais vinculam as entidades públicas e privadas.

Num primeiro momento, entendia-se que os direitos fundamentais do homem incidiam somente nas relações entre o cidadão e o Estado, não havendo nenhuma correlação nas relações entre particulares. Era o tempo em que o indivíduo era concebido isoladamente no espaço social e político, e a Sociedade e o Estado eram realidades estanques, vistas de forma dissociada.

Ao tempo em que a sociedade amadurece e absorve a ideia de que os direitos fundamentais constituem valores constitucionais que devem ser respeitados pelos poderes públicos, e igualmente devem fazer-se respeitar como interesses públicos fundamentais, torna-se mais tênue o

⁴⁸ Bonavides, Paulo, obra citada, p. 389.

entendimento de que os direitos fundamentais estariam contidos e restritos à relação do indivíduo e Estado.

Ao longo do século XX assiste-se a uma progressiva publicitação do Direito, com a proliferação de normas de ordem pública. Não apenas na área de família, mas também em áreas tipicamente privadas como o contrato, com proteção do polo mais fraco das relações jurídicas, como o locatário, o consumidor, a previsão da função social da propriedade. O cidadão passa a ser visto em certas relações de poder como a parte mais suscetível de proteção.

Ao final do século XX essa publicitação do Direito resulta na centralização da Constituição. Tudo dela emana e todos, tanto os poderes públicos, como as entidades privadas, pessoas físicas e jurídicas, a ela estão submetidos.

A evolução e pluralização social e política da sociedade vêm permitindo a diversificação dos interesses das pessoas, que concorre para a multiplicação das atividades dos partidos e dos grupos de interesse, tais como os sindicatos, associações patronais, igrejas, grupos econômicos, associações cívicas, profissionais, desportivas etc, que dispõem, cada vez mais, de elevado poder social e político.⁴⁹

E nesse ambiente, onde nascem e desenvolvem as relações entre os homens e entre estes e o Estado, e ainda entre os trabalhadores e grandes empresas, fazem-se necessários o reconhecimento e a aplicação dos Direitos Fundamentais em toda ordem jurídica, tanto na esfera pública como também na privada. Busca-se a proteção dos particulares não tanto na relação com o Estado, como ainda entre e perante outros particulares, “principalmente perante indivíduos ou entidades privadas que sobre eles exercem ou estão em condições de exercer verdadeiros poderes, jurídicos ou de fato”.⁵⁰

⁴⁹ Andrade, José Carlos Vieira de, obra citada, p. 232.

⁵⁰ Podemos citar, como exemplo, se um empregador pode contratar ou deixar de contratar um trabalhador em razão da sua crença religiosa, sexo ou outra opção política; se os donos de hotéis, táxis ou restaurantes, bem como de escolas ou de clubes privados podem recusar

O entendimento hoje aceito quanto à expansão da força jurídica dos direitos fundamentais nas relações de direito privado envolve o estudo de duas correntes doutrinárias.

Parte da doutrina defende que as normas referentes a direitos fundamentais têm aplicação mediata, por meio dos princípios e normas próprias do direito privado.

Na outra ponta, alguns doutrinadores defendem a aplicação e validação absoluta (*erga omnes*) dos direitos fundamentais, identificando que as dificuldades e os desafios do cidadão não são mais restritos às relações com o Estado, mas também com os grupos sociais detentores de uma parcela cada vez maior do poder social e econômico nas sociedades de massa. Trata-se de um poder real que se impõe aos indivíduos de várias maneiras e que é capaz de afetar intensamente zonas e aspectos relevantes da sua vida e da sua personalidade.⁵¹

Acentuam os defensores a aplicação *erga omnes* das regras referentes a direitos fundamentais, que trata de normas de valor que devem valer para toda a ordem jurídica, inclusive para o direito privado. Já não há mais a dualidade do mundo do direito privado e do direito público. Os valores da dignidade da pessoa humana, o homem dentro da sua característica da socialidade, do ser social, não se coaduna com a visão do homem individual, isolado.

Não obstante, defendem que a aplicação direta dos direitos fundamentais não existe para todos os direitos considerados fundamentais, sendo necessário identificar a respectiva vinculação para cada direito específico. “O princípio da igualdade valeria também para as relações entre particulares, mas não poderia prejudicar intoleravelmente a liberdade”.⁵²

A força normativa da Constituição, a constitucionalização dos direitos fundamentais, associada à ideia do Estado-Provedor e à globalização

a permanência, o transporte, o serviço a certas categorias de pessoas. Andrade, José Carlos Vieira de, obra citada, p. 233.

⁵¹ Andrade, José Carlos Vieira de, obra citada, pp. 235 e 236.

⁵² Andrade, José Carlos Vieira de, obra citada, p. 238.

das relações sociais, direciona o entendimento de que há necessidade de se protegerem os indivíduos não só em face do Estado, mas também contra entidades privadas que constituem verdadeiros poderes sociais, e mesmo perante indivíduos que disponham, na relação com outros, de uma situação real de poder.

Para a teoria dualista, as normas de direitos fundamentais exercem influência como normas de valor, por meio das cláusulas gerais de direito privado, que funcionavam de forma a manter o espírito privatista. Não basta um valor ser constitucional, pois é preciso que seja tolerável para a consciência jurídica da comunidade.

Frise-se que os defensores da teoria dualista admitem o alargamento do campo da aplicação direta dos direitos fundamentais à execução de tarefas administrativas públicas através de meios de direito privado (e mesmo a atividades económicas ou negociais auxiliares da administração), quando representassem o exercício de um poder específico estadual, mesmo que a atuação fosse feita por figuras de direito privado.⁵³

No mundo contemporâneo assistimos à prevalência das ideias de aplicação mediata das normas referentes a direitos fundamentais, havendo uma construção doutrinária de um *dever de proteção estadual dos direitos fundamentais*, que valeria concomitantemente com relação aos poderes públicos, como também perante as entidades privadas.

Essa proteção estadual dos direitos fundamentais requer que os poderes públicos, além do dever de respeitarem e de criarem condições necessárias para a sua realização, “tenham ainda o dever de os proteger contra quaisquer ameaças, incluindo as que resultam da atuação de outros particulares”.⁵⁴

O dever de proteção decorre do princípio do Estado de Direito e do fato de o estado ter chamado a si o monopólio da autoridade e do uso da força legítima, o que permitiu alargar a aplicabilidade dos direitos fundamentais para além das cláusulas gerais de direito privado, impondo aos

⁵³ Andrade, José Carlos Vieira de, obra citada, p. 238.

⁵⁴ Andrade, José Carlos Vieira de, obra citada, p. 239.

poderes públicos, assim entendidos legislador, administração e ao juiz, “a obrigação de velarem efetivamente para que não existam ofensas aos direitos fundamentais por parte de entidades privadas”.⁵⁵

Nessa ordem, o dever de proteção associado ao imperativo de proteção suficiente, formulado como princípio de proibição do déficit, passa a ser visto e entendido como orientador e proporcional aos direitos e liberdades ou valores comunitários relevantes, enfatizando a autonomia privada, de forma que o legislador possa graduar a proteção conforme os valores e bens jurídicos em causa, a intensidade da ameaça e a possibilidade de autodefesa do particular.

O dever de proteção do Estado se traduz numa obrigação abrangente de o Estado conformar sua ordem jurídica de tal forma que nela e através dela os direitos fundamentais sejam garantidos e as liberdades neles sustentadas possam encontrar efectivação. Nesse sentido, como assinala Böckenforde, o dever de proteção pode constituir o conceito central de dimensão jurídica objectiva dos direitos fundamentais.⁵⁶

Registra-se que a ideia de liberdade e de responsabilidade individual pela ofensa a direitos fundamentais de outrem vale quer no âmbito contratual, quer nas relações extracontratuais, de modo que o Estado só pode ser corresponsabilizado na medida em que haja incumprimento de um dever específico, seja de um dever específico de proteção do legislador, seja um poder específico de cumprimento da lei pelo poder administrativo ou judicial.⁵⁷

Apesar de o artigo 18º., 1 da CRP afirmar que os preceitos constitucionais referentes a direitos fundamentais do homem são diretamente aplicáveis e vincularem as entidades públicas e privadas, não está claro em que termos se processa essa vinculação, nem se estabelece que ela coincida com as normas que obrigam as entidades públicas.

⁵⁵ Andrade, José Carlos Vieira de, obra citada, p. 240.

⁵⁶ *Apud* Novais, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Autorizadas Expressamente pela Constituição*, p. 889.

⁵⁷ Andrade, José Carlos Vieira de, obra citada, p. 241.

No centro da discussão a respeito da extensão da incidência das normas de direitos fundamentais na esfera privada, gravita a questão da liberdade com igualdade e a autonomia privada.

Há quem defenda uma margem de liberdade de ação para os particulares, com a preocupação de evitar uma intervenção rígida que afete a liberdade e a autonomia dos indivíduos.

Outro grupo da doutrina entende a necessidade de uma maior proteção aos indivíduos em face de grupos privados, grandes conglomerados financeiros, que possuem muito poder político e social, “revelando uma especial sensibilidade às relações de desigualdade que se multiplicam no mundo do trabalho, da política, da vida social e até da vida familiar. Fazem apelo para isso ao forte pendor socializante da Constituição e a necessidade de os poderes públicos assegurarem a todos os níveis a igualdade e a justiça social, intervindo e organizando, estabelecendo imperativos, disciplinando e proibindo”.⁵⁸

Nessa ordem de ideias, verifica-se que na relação entre particulares, quando se trata de pessoas coletivas, que disponham de poder especial de carácter privado sobre indivíduos, justifica-se a proteção da liberdade dos homens que estejam em posição de vulnerabilidade, devendo-se ponderar os valores em jogo, tendo em conta o diferente peso dos direitos e da liberdade nas situações concretas.

A autonomia do direito privado não tem o condão de manter o direito privado à margem da Constituição. Ao contrário, hoje fala-se na constitucionalização do direito civil, visto que não há independência em relação à Constituição, que, em razão de o Estado de Direito ter absorvido a força normativa da Constituição, tem hoje como tarefa fundamental a garantia da unidade do ordenamento jurídico.

⁵⁸ Andrade, José Carlos Vieira de, obra citada, p. 243.

CONCLUSÃO

Nos dias atuais, vivemos uma falta de confiança na democracia representativa, o que demonstra uma ruptura na relação entre governantes e governados. A desconfiança nas instituições deslegitima a representação política. No mundo inteiro assistimos a amplas mobilizações populares contra o atual sistema de partidos e a representação de parlamentares.

Para tal problema apresento soluções aparentemente simples, ressaltando sempre que cada país tem sua peculiaridade. No entanto, como pondera Manuel Castells, se essa crise política tem dimensão global, acima das características próprias de cada sociedade, teremos de pensar que se trata do colapso gradual de um modelo de representação.¹ A ideia é que os atores do sistema político, tanto os partidos como os políticos, não mais nos representam, pois os partidos continuam a atender um modelo no qual o que interessa é manter o monopólio do poder dentro das expectativas estabelecidas pelos próprios partidos. Os políticos se tornaram um grupo social que defende seus próprios interesses, acima dos interesses da nação.

Nesse quadro de falta de esperança e credibilidade na democracia representativa, os escândalos envolvendo políticos e partidos fazem com que o aparato policial e a justiça, poder judiciário, se tornem um limite na conduta desviante dos representantes do povo. Em alguns países, os civis passam a ser substituídos pelos militares, passando a impressão de que servidores civis se mostram lenientes com a má gestão pública e não apresentam denodo suficiente para lidar com a coisa pública.²

A corrupção nos partidos políticos e na prática cotidiana levou o Poder Judiciário a ganhar um protagonismo desmedido. No Brasil, o

¹ Castells, Manuel. *Ruptura: A Crise da Democracia Liberal*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 10.

² Um exemplo vivo e atual de tal situação é o Brasil de hoje (janeiro de 2019). O grau de corrupção na máquina pública fez com que a gestão dos hospitais federais no estado do Rio de Janeiro fosse toda ela substituída por militares. Dentre os 22 ministros, três são militares de alta patente e da reserva.

Ministério Público, cuja atribuição é a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, foi instado a ter uma atuação ativa na luta contra a corrupção, sendo um dos protagonistas da democratização.

No Estado Democrático de Direito, é indispensável a publicidade dos atos de governo, para permitir o controle por parte de todos, representantes e representados, inclusive criando vias de participação popular para as denúncias.³

Faz-se necessário desenvolver a educação para a cidadania, uma cidadania ativa, de forma a possibilitar que através dessa educação se desenvolva o exercício da prática democrática, estimulando a discussão quanto à virtude democrática, como o amor à coisa pública.⁴

Outra questão que merece ser tratada numa sociedade democrática é o contínuo crescimento do aparato burocrático estatal, geralmente ordenado hierarquicamente do vértice à base, oposto ao sistema de poder democrático no qual o poder vai da base ao vértice. Muitas das vezes o processo de burocratização é uma consequência da democratização, mas a materialização desse processo é elaborada sem se atentar às normas dos direitos fundamentais bem como a seus princípios, tanto nas relações entre o Estado e o cidadão, como também entre o cidadão e as empresas.⁵

³ “Modelo da democracia moderna foi a democracia dos antigos, de modo particular a da pequena cidade de Atenas, nos felizes momentos em que o povo se reunia na *ágora* e tomava livremente, à luz do sol, as próprias decisões, após ter ouvido os oradores que ilustravam os diversos pontos de vista. Para denegri-la, Platão chamou-a de “teatocracia”. Uma das razões da superioridade da democracia diante dos Estados Absolutos, que tinham revalorizado os *arcana imperii* e defendiam com argumentos históricos e políticos a necessidade de fazer com que as grandes decisões políticas fossem tomadas nos gabinetes secretos, longe dos olhares indiscretos do público, funda-se na convicção de que o governo democrático poderia finalmente dar vida à transparência do poder, ao ‘poder sem máscaras’.” Bobbio, Norberto. *O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo*, 15^a. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018, pp. 52 e 53.

⁴ Stuart Mill dizia: “a participação eleitoral tem um grande valor educativo; é através da discussão política que o operário, cujo trabalho é repetitivo e concentrado no horizonte mesmo da fábrica, consegue compreender a conexão existente entre eventos distantes e seu interesse pessoal e estabelecer relações com cidadãos diferentes daqueles com os quais mantém relações cotidianas, tornando-se assim membro consciente de uma comunidade”. *Apud* Bobbio, Norberto, obra citada, pp. 56 e 57.

⁵ Segundo Gunther Teubner, em seu livro *Fragmentos Constitucionais*, “Os princípios da constituição política, especialmente os direitos fundamentais, não são formulados apenas para a constituição do processo político de construção da vontade: ‘eles corporificam princípios normativos, aos quais a sociedade mesma se obriga e que deve permear todas as relações sociais’. Diferentemente de um controle estatal direto dos processos sociais, elas

O alargamento do sufrágio, que se tornou universal, obrigou o Estado a deixar de ser limitado à proteção da propriedade privada – tempo em que os proprietários eram aqueles com direito a voto – e a transformar-se no Estado Social, de forma a atender aqueles que necessitam de escolas públicas, de proteção ao desemprego, seguros sociais, previdência social, passando a ser visto como o Estado prestador de serviço. Mas o grande desafio para o Estado de direito democrático social é fazer com que a máquina pública desenvolva políticas voltadas para uma sociedade plural, que está constitucionalmente vinculada aos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica.⁶

A democracia evita o derramamento de sangue, a violência entre os grupos, abre espaço para a resolução dos conflitos sociais sem violência, aceitando o dissenso como uma condição de sua existência.⁷

A sociedade moderna tem muita vontade de democracia direta, na qual o cidadão decide diretamente, sem intermediários. Sendo assim, tal busca pode ser tratada de forma a ampliar os espaços de consulta ao cidadão, permitindo, constantemente em assuntos de interesse nacional, a audição do povo representado pelo Parlamento.

As práticas democráticas, com a utilização de técnicas e institutos da democracia direta, são uma forma de oxigenar a democracia representativa, que por razões múltiplas no cotidiano acaba por se deteriorar. Essas técnicas devem ser observadas pelos administradores públicos,

(as constituições sociais) estipulam que o Estado se limite a impor às instituições sociais a conformação de processos internos de tomada de decisão ao modelo do processo político estatal. A constitucionalização da sociedade é, conseqüentemente, uma tarefa política do legislador parlamentar, que transpõe as prescrições normativas da constituição política para cada um dos âmbitos sociais. No entanto, tais intervenções constitucionais estatais na sociedade deveriam respeitar as peculiaridades sociais, que essencialmente são vistas nas relações horizontais entre privados, em oposição às relações verticais do âmbito público”. Teubner, Gunther, *Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo Social na Globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 66.

⁶ O Estado democrático tem um conteúdo mínimo no qual identificamos a garantia dos direitos de liberdade, o pluripartidarismo, eleições periódicas com sufrágio universal, decisões coletivas ou concordadas (nas democracias consociativas ou no sistema neocorporativo) ou tomadas com base no princípio da maioria, e de qualquer modo sempre após um livre debate entre as partes ou entre os aliados de uma coalizão de governo. Bobbio, Norberto, obra citada, p. 65.

⁷ Segundo Karl Popper, o que distingue essencialmente um governo democrático de um não democrático é que apenas no primeiro os cidadãos podem livrar-se de seus governantes sem derramamento de sangue. *Apud* Bobbio, Norberto, obra citada, p. 67.

aumentando os espaços de discussão referentes não só à organização da burocracia estatal, como também no que tange aos direitos fundamentais, evitando intervenções descabidas em assuntos privados.⁸ Não obstante, deve-se impedir que a cada eleição a estrutura burocrática do Estado seja alterada com a mudança de servidores que ocupam cargos de confiança, de modo a frear a política de aparelhamento de entidades que atuam em parceria com o Estado e seguem o caminho do apadrinhamento, do favoritismo, que, afastando-se da meritocracia e da capacidade técnica, passam a ser incorporados à administração pública em troca de fidelidade partidária e facilidades com o consumo supérfluo, desnecessário e incabível.

A insistência pela democracia representativa significa que até os dias de hoje o homem ainda não encontrou regime melhor, apesar de sabermos que não se trata de nenhum nirvana.

O aparelhamento de entidades privadas, bem como de toda a administração pública, necessita ser transparente e orientado para o interesse público, evitando a cartelização do serviço em facções representantes de partidos políticos e a decretação do sigilo de documentos e procedimentos do Governo e dos órgãos da administração pública.

Nesse sentido, observamos que a democratização da esfera política é mais um passo para que possamos viver numa sociedade democrática, na qual haja respeito aos direitos fundamentais, pois viver em um Estado Democrático deve ser viver numa sociedade democrática, na qual a maior parte das instituições, a família, a escola, as empresas e a gestão dos serviços públicos se expressem de forma democrática.

Assim, para que haja uma sociedade democrática, faz-se necessário que os grandes conglomerados e a administração pública, bem como os concessionários dos serviços públicos, sejam tocados pelo processo de democratização e respeito aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais do Estado Social e Democrático de Direito.

⁸ No Brasil, ao tempo do primeiro mandato do Presidente Jair Messias Bolsonaro, em janeiro de 2019, a ministra que ocupa o Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos, Damarens Alves, entende que o Estado deveria evitar que o aluno se afastasse da sua família ao optar por uma faculdade. Isso porque o sistema do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) permite ao estudante optar por faculdades fora da região em que mora, podendo se mudar para outro estado da federação brasileira, o que ocorreria um distanciamento territorial da base de sua família originária.

Com o sufrágio universal estendido a toda a população, não havendo exclusão de nenhum segmento da sociedade, o índice de desenvolvimento democrático não é mais o número de pessoas que votam, e sim o número de locais, diferentes dos locais políticos, em que se exerce o direito de voto. Segundo Bobbio, para dar um juízo sobre o estado da democratização num dado país, o critério não deve ser o de “quem” vota, mas o de “onde” se vota (onde se participa).⁹

Nesse viés, a democratização da estrutura burocrática do Estado, bem como das instituições da sociedade civil e das empresas, é primordial, devendo desenvolver-se políticas voltadas a práticas democráticas e distribuição de poder, evitando a formação de pequenas oligarquias, de maneira a permitir amplo respeito aos direitos fundamentais e o controle do poder, como também a descentralização dos núcleos decisórios.

É importante termos em mente que a democracia, por ser um sistema político que pressupõe o dissenso, necessita de espaços de discussão, de forma que se possa chegar a um consenso, numa sociedade plural.¹⁰

A democracia não combina com o segredo, pois consiste em afirmar que é o governo do “poder visível”, necessitando que os atos de governo praticados sejam públicos, claros, sem mistério.¹¹ A burocracia estatal tem que ser transparente, pública, oposta ao mistério, ao segredo. O portal da transparência deve ser a regra do poder público, não se abstraindo da publicidade dos atos. Quanto mais transparentes forem as estruturas burocráticas do Estado, mais democrática será a sociedade.

⁹ Bobbio, Norberto, *O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo*, p. 92.

¹⁰ “A liberdade de dissentir tem necessidade de uma sociedade pluralista, uma sociedade pluralista permite uma maior distribuição do poder, uma maior distribuição do poder abre as portas para a democratização da sociedade civil e finalmente a democratização da sociedade civil alarga e integra a democracia política.” Bobbio, Norberto, *O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo*, p. 104.

¹¹ Um dos lugares comuns de todos os velhos e novos discursos sobre democracia consiste em afirmar que ela é o governo do “poder visível”. Que pertença à “natureza da democracia” o fato de que “nada pode permanecer confinado no espaço do mistério” é uma frase que nos ocorre ler, com poucas variantes, todos os dias. Com um aparente jogo de palavras pode-se definir o governo da democracia como o governo do poder público em público. Bobbio, Norberto, *O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo*, p. 134.

Faz-se necessária, portanto, a participação popular, por serem todos usuários dos serviços da administração pública, fazendo-se presentes no acompanhamento, na prestação e na avaliação de tais serviços.¹²

Na atualidade enfatiza-se o controle social na criação, execução e fiscalização das políticas públicas, bem como na aplicação dos recursos orçamentários designados à efetivação de tais políticas. Enfatizam-se os conselhos de políticas públicas, os observatórios sociais, as Ouvidorias e as audiências e consultas públicas, que atuam como meios de junção do cidadão para com o poder público.¹³

No mundo em que os direitos fundamentais estão universalizados, não se pode mais compreender a participação social do ponto de vista restrito ao direito ao sufrágio. O processo eleitoral é apenas um dos vértices da participação popular. Na efetividade da cidadania conjugam-se controle social, participação popular e transparência da gestão pública.

Além disso, o Estado deve ser presente no seu dever de proteção, conformando a ordem jurídica e objetivando, com isso, que através de tal comportamento permita que os direitos fundamentais sejam grantidos e as liberdades neles sustentadas sejam efetivadas.

Nesse viés, identificamos que o Estado democrático está intrinsecamente vinculado aos direitos e às garantias individuais e coletivas, de forma a se respeitarem os direitos fundamentais numa sociedade cada vez mais plural e universal. Quanto mais respeito aos direitos fundamentais do homem, mais democráticos serão o Estado e a sociedade.

Denise Freitas Fabião Guasque

¹² No Brasil, a lei federal 13460, de 26 de junho de 2017, dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços da administração pública, criando no artigo 18 “conselhos de usuários”, que funcionam como órgãos consultivos dotados de atribuições específicas: acompanhar a prestação dos serviços; participar na avaliação dos serviços, propor melhorias na prestação dos serviços; contribuir na definição de diretrizes para o adequado atendimento ao usuário e acompanhar e avaliar a atuação do ouvidor.

¹³ Lucas Gonçalves da Silva e Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza, O Controle Social como Ferramenta Democrática, publicado na *Revista Bonijuris*, ano 30, edição 654, out./nov. 2018, p. 132.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. 2ª ed., reimpressão. Parede, Portugal: Ed. Principia, 2015.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª. ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, n. 240, pp. 1-42, abr./jun. 2005, Rio de Janeiro.
- BELO, Filomena; OLIVEIRA, Ana. *O que foi a Revolução Francesa*. Coimbra: Quimera, 2001.
- BELO, Manoel Alexandre C. O Funcionalismo e a sua Relevância para a Abordagem Sistêmica dos Grupos de Pressão. *Revista de Direito e Desenvolvimento*. vol. 1, n. 2, pp. 71-80, jul./dez. 2010.
- BERNARDES, Márcia Nina. Esferas Públicas Transnacionais: Entre o Realismo Vestifaliano e o Cosmopolitismo. *Revista Direito GV*. São Paulo, vol. 10, n. 1, pp. 269-294, jan./jun. 2014.
- BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia – Uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 15ª. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.

_____. *Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero, tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmem C. Varriale; coordenação da tradução João Ferreira e Luís Guerreiro Cascais. 5ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2010.

CASTELLS, Manuel. *A Crise da Democracia Liberal*. Tradução de Joana Angélica d'Ávila. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONSTANT, Benjamin. *A Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos*. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015, Vol. III, Coleção Clássicos do Direito.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga: Estudo sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia e de Roma*. 11ª ed. Lisboa: Clássica Editora, 2014.

DOUZIMAS, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*. Prefácio de José Gomes Canotilho. Lisboa: Edições 70, 2012.

_____. O Conceito de Dignidade Humana e a Utopia Realista dos Direitos Humanos. *Metaphilosophy*, vol. 41, n. 4, July 2010, 0026-1068.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1991.

JAGUARIBE, Helio. *A Democracia Grega*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, [1981] 2006.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 6^a. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 21^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: O Sistema Constitucional Português*. 9^a. ed. Coimbra: Almedina, 2012. Tomo IV: *Direitos Fundamentais*.

MORAIS, Carlos Blanco de. *O Sistema Político – No Contexto da Erosão da Democracia Representativa*. Coimbra: Almedina, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. 2^a. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010.

_____. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. 1^a. ed. (reimpressão). Coimbra: Ed. Coimbra, 2014.

OTERO, Paulo. *A Democracia Totalitária: Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*, Cascais: Principia, 2001.

_____. *Direito Constitucional Português*. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. I: *Identidade Constitucional*; II: *Organização do Poder Político*.

_____. *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I. 2ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2007.

_____. *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. 2ª. reimpressão da edição de maio de 2003. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *O Poder de Substituição em Direito Administrativo – Enquadramento Dogmático-Constitucional*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Lex, 1995, Vol. II.

REBELO DE SOUZA, Marcelo. *Direito Constitucional, I. Introdução à Teoria da Constituição*. Braga: Livraria Cruz, 1979.

_____. *Os Partidos Políticos no Direito Constitucional Português*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito de Lisboa. Braga: Livraria Cruz, 1983.

SIEYÈS, Abade. *Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. Coleção Clássicos do Direito, Vol. I.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUZA, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, História e Método de Trabalho*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, livro eletrônico, 2012.

TEUBNER, Gunther. *Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo Social na Globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

TORNAGHI, Hélio, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974.

_____. *Instituições de Processo Penal*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Manual de Processo Penal: Prisão e Liberdade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

WEIL, Simone. *Nota sobre a Supressão geral dos Partidos Políticos*. Tradução de Manuel Freitas. Lisboa: Antígona, 2017.